

Andrea Bixio

LA POSITIVITÀ
E LE NUOVE FORME DI STATUALITÀ

Collana "Orizzonti"

23



TANGRAM
EDIZIONI SCIENTIFICHE
TRENTO

Andrea Bixio, *La positività e le nuove forme di statualità*
Copyright © 2013 Tangram Edizioni Scientifiche
Gruppo Editoriale Tangram Srl – Via Verdi, 9/A – 38122 Trento
www.edizioni-tangram.it – info@edizioni-tangram.it

Collana “Orizzonti” – NIC 23

Prima edizione: agosto 2013, *Printed in Italy*
ISBN 978-88-6458-087-6

In copertina: *Gavel* © Andrey Burmakin – Fotolia.com

Stampa su carta ecologica proveniente da zone in silvicoltura, totalmente priva di cloro.
Non contiene sbiancanti ottici, è acid free con riserva alcalina.

SOMMARIO

CAPITOLO I

LE FORME DELLA STATUALITÀ E LA NOZIONE DI POSITIVITÀ

- | | |
|---|----|
| 1. Il problema della positività | 9 |
| 2. Le conseguenze dell'assolutizzazione della positività in ordine alla statualità | 12 |
| 3. Le conseguenze dell'assolutizzazione della positività in ordine alla socialità | 14 |
| 4. La positività come principio di esclusione | 18 |
| 5. La funzione propria e la funzione polemica della positività | 20 |
| 6. La distinzione fra la validità e la superiorità come principio di relazione fra le norme | 23 |
| 7. Il concetto non positivistico della positività | 27 |
| 8. La nozione autentica della positività e le articolazioni dell'ordinamento | 32 |
| 9. La positività e la produzione del diritto | 37 |
| 10. La nozione di positività e la statualità contrattuale | 40 |

CAPITOLO 2

GLI SVILUPPI DELLA DIMENSIONE DI VALORE DELLA POSITIVITÀ

- | | |
|--|----|
| 1. Le ragioni del dissolvimento della dimensione di valore della positività | 43 |
| 2. Le vicende della positività e il rapporto fra Stato e Chiesa | 47 |
| 3. La positività e i contenuti materiali della dimensione di valore della positività | 50 |
| 4. Il concetto complesso di positività come ragione della dialettica fra giusnaturalismo e positivismo | 54 |
| 5. Il dibattito fra positivismo e giusnaturalismo nel secondo dopoguerra | 58 |

CAPITOLO 3

L'EVOLUZIONE DELLA POSITIVITÀ COME VALORE

1. La dialettica dei rapporti fra vigenza e validità 61
2. La vigenza e la validità come funzioni della contingenza propria della positività 62
3. L'affermazione del valore incondizionato dei modelli di diritto mediante l'identificazione di validità e vigenza. I modelli giusnaturalista e positivista 63
4. La pretesa di validità (relativamente) incondizionata come istituzione di una nuova determinazione della vigenza 65
5. L'effettività come cifra dell'apertura del sistema verso l'affermazione di un nuovo principio incondizionatamente valido istituyente una nuova forma di vigenza 67
6. Il rapporto fra idealità ed effettività 72
7. La validità e i processi di differenziazione 74

CAPITOLO 4

L'EVOLUZIONE DELLA DIMENSIONE EFFETTUALE DELLA POSITIVITÀ

1. La dimensione effettuale della positività 79
2. L'effettualità e la mutabilità 85
3. Le trasformazioni dell'effettualità 90
4. Gli effetti autoritativi della riduzione positivista dell'effettualità 95
5. L'effettualità come coercizione e come astrittività 97
6. Le trasformazioni della coattività e le nuove forme della positività 101
7. Le forme della nuova nozione di naturalità del diritto 104

LA POSITIVITÀ
E LE NUOVE FORME DI STATUALITÀ

CAPITOLO 1

LE FORME DELLA STATUALITÀ E LA NOZIONE DI POSITIVITÀ

I. IL PROBLEMA DELLA POSITIVITÀ

Il quadro complessivo, all'interno del quale è stata presentata oggi la statualità, induce a un ripensamento riguardo a uno dei principi cardine degli ordinamenti: la positività.

Quest'ultima, infatti, si è venuta configurando in una forma specifica dominante, quella positivistica, proprio come effetto dell'affermarsi del primato dello stato moderno.

Dunque, volendo chiarire le trasformazioni odierne della statualità, non si può evitare di mostrare come la stessa positività positivistica oggi muti, si venga a presentare in una articolazione più ampia e costituisca un modo per intendere il superamento dello statalismo.

Il legame fra quest'ultimo e il positivismo giuridico, anche se dal punto di vista logico è stato posto in dubbio, dal punto di vista storico e sociologico, che è appunto il punto di vista del nostro discorso, non può non essere riconosciuto.

Nella nostra prospettiva, dei caratteri tipici della configurazione positivistica della positività, e cioè il volontarismo, la concezione della norma come comando o come linguaggio prescrittivo, la supremazia della legge e la sua interpretazione autoritativa, la gerarchizzazione radicale delle fonti (ovvero la riduzione della coordinazione, che pure è necessaria, alla pura e semplice gerarchizzazione), la completezza e la coerenza degli ordinamenti concepita in modo statico, di tutti questi

caratteri non si può comprendere il primato, se non tenendo presente il fatto storico dello statalismo, il quale li ha resi talmente prevalenti da offuscare ogni altro tratto della positività.

Ci si soffermi un breve momento proprio sul significato di questa riduzione.

Lo stato, volendo rafforzare se medesimo e istituire una stabile unità dell'ordinamento sotto il proprio potere, ha dovuto affermare l'irrelevanza di qualsiasi diritto, che non fosse quello da esso stesso posto.

Per poter, cioè, potenziare la propria specifica statualità, ha finito per ridurre la portata di ciò che può essere inteso come diritto positivo.

Ha finito, anzi, per pietrificare la stessa oggettività del diritto. Quest'ultima, infatti se deriva dalla potenza dell'autorità, si trasforma in qualcosa che, dipendendo da un potere superiore esclusivo, ne assume le forme, con la conseguenza di divenir sorda rispetto alle esigenze di mutamento provenienti dalla realtà... oggettiva e di negare la rilevanza delle forme essenziali di questo mutamento (le soggettività, il diritto soggettivo). Lo statalismo è, in questa prospettiva, l'origine occulta della negazione kelseniana del diritto soggettivo e dell'oggettivismo che caratterizza la nozione positivista della positività.

Se il diritto si trasforma positivamente solo là dove è lo stato che lo decide, *da un lato si comprime la produttività statuale delle possibili forme di autonomia pur presenti nel suo ordinamento, dall'altro lato si fa in modo che la positività si risolva in una sua forma esclusiva, quella appunto che riflette l'azione produttrice dello stato. La positività, così, diviene un concetto univoco, unidimensionale proprio perché non può più riflettere condizioni giuridiche diverse da quelle definite dal primato statale.*

Essa, anzi, a causa di questa sua costituzione inizia ad operare come uno specifico criterio di esclusione; ogni realtà che non sia stata posta in essere dallo stato viene per così dire negata.

Di qui la contrapposizione netta fra diritto e morale, cioè fra una moralità (giuridica) facente capo allo stato, e altri tipi di moralità; con tentativi di controllo della moralità stessa; di qui una divisione, una separazione totale fra diritto naturale e diritto positivo, con esclusione di ogni diritto non prodotto dalle specifiche fonti previste dall'ordi-

namento e concepite in modo tale da riaffermare l'assoluto primato dello stato; di qui, infine, il primato della legge (e della norma se la cosa viene vista dal punto di vista dell'ordinamento) e la svalutazione degli altri modi di produzione del diritto, come l'interpretazione, la consuetudine, il contratto.

Su tutto ciò ci si soffermerà più diffusamente in seguito; resta però il fatto che la positività è divenuta un che di conservativo. Una qualificazione diretta a rafforzare la condizione data dell'ordinamento: data in senso soggettivo (dallo stato), data in senso oggettivo (i limiti entro cui sono ammissibili l'attività giuridica e la produzione stessa del diritto e che si risolvono nel solo diritto statuito).

Essa, invece, in sé considerata non è affatto un che di statico. E un primo segno di ciò sta nel fatto che ha assunto diverse forme e diversi nomi; proprio anche quei nomi che nell'ideologia statalista e positivista si sono voluti escludere.

Naturalità e positività normalmente vengono concepite come realtà opposte. La naturalità del diritto, invece, niente altro è stata se non un modo specifico di presentarsi della positività.

Lo stesso positivismo, lo stesso naturalismo sono solo *due modi per individuare i limiti effettivi del diritto, due espressioni di una medesima esigenza di positivizzazione*. Sono due principi che hanno la funzione di individuare una base salda (un criterio unitario) per comprendere i limiti dell'ordinamento. Due funzioni che nella storia si sono venute configurando nelle più diverse forme, fino ad assumere spesso l'una le stesse vesti dell'altra: come in Hobbes, il quale propose una concezione positivista all'interno e nelle forme di una visione del mondo giusnaturalista.

La positività di un ordinamento non può essere, perciò, assolutizzata in una configurazione concettuale particolare, essa muta piuttosto di significato, di forma, di funzione, con le sue trasformazioni effettive. A seconda di come si pongano questi mutamenti, essa si atteggia diversamente, indirizzando la propria struttura e la propria funzione ai nuovi compiti, alle nuove istanze che la stessa evoluzione storica pone agli ordinamenti.

Nelle pagine che seguono si cercherà, dunque, di mostrare i caratteri salienti di una positività che da una forma positivistica tende ad assumere una configurazione più articolata.

Va da sé che in questo tentativo di chiarimento si parlerà dei caratteri salienti della positività connessi al tema della statualità. Chi, dunque, volesse cercare in queste pagine una trattazione e una confutazione di tutti i temi e di tutti gli argomenti toccati dalle varie forme di positivismo resterà deluso.

Tuttavia dovrà dolersene con sé stesso, perché oggetto di questa riflessione, come si è detto, è la positività nella sua relazione con la statualità e solo indirettamente, e per quanto sarà utile alla nostra prospettiva, il complesso dei temi e delle dottrine positivistiche.

2. LE CONSEGUENZE DELL'ASSOLUTIZZAZIONE DELLA POSITIVITÀ IN ORDINE ALLA STATUALITÀ

Che la nozione di positività venga assolutizzata ad opera dello stato, non è cosa priva di conseguenze; perché conduce a stravolgere, lo si vedrà, il significato della stessa statualità.

La positività, proprio perché non è più qualcosa di disponibile (se non per lo stato), diviene sinonimo di una fattualità presupposta e più specificamente di una fattualità che si impone e che sfugge all'agire giuridico. Un ordinamento valido è, sì, un ordinamento vigente. Ma della vigenza del diritto si sottolinea solo un lato del suo significato. Ci si dimentica che essa consiste nel risultato di un complesso di pratiche giuridiche, di pratiche che finiscono per retroagire e per trasformare la forma nella positività stessa; si finisce, invece, per sottolineare solo il fatto che quest'ultima è data e che le pratiche debbono sottostare a ciò che viene presupposto vigente. La vigenza del diritto, cioè, si trasforma in una necessità costringitiva, in una necessità, però, non razionale, ma fattuale, che nasconde l'affermarsi di una riduzione a favore di uno specifico potere, di una specifica forma di statualità.

Così diritto vigente è quello che risulta o dalle pratiche sociali, concepite però come il puro e semplice affermarsi di fatti che implicano accentramento (e primato dello stato), o da un potere sovrano. È un diritto che ripete la propria origine da due piani di realtà diversi e tuttavia omologhi nel fatto di determinare il diritto effettivamente valido come dall'esterno e da un esterno privo di legittimità, di una argomentata validità.

In questo modo, però, il quadro interpretativo della positività muta radicalmente.

Le pratiche direttamente produttive della trasformazione del sistema vengono poste al di fuori di quest'ultimo, sia che con queste pratiche si intenda un sovrano politico, sia che si intenda una attività posta in essere da soggetti relativamente esterni, che hanno la funzione di chiudere e assolutizzare un certo ordinamento, mettendolo al servizio dello stato.

A sua volta l'accentramento delle fonti del diritto non viene affatto attenuato, viene anzi rafforzato e viene posto come il criterio stesso esclusivo della giuridicità.

Di conseguenza quel sistema accentrato di fonti diviene il custode di una specifica condizione della positività del diritto. Un custode che è l'arbitro indiscusso che giudica ammissibili le azioni solo se confermate di quella specifica condizione e che finisce per ribadire la funzionalizzazione della positività stessa allo statalismo.

Ogni prassi esterna, per influire realmente, deve passare solo attraverso ed essere funzionalizzata ai meccanismi accentrati perpetuanti la statualità del diritto in altra forma.

E la conseguenza di tutto ciò è che qualsiasi rapporto non statale, qualsiasi rapporto di autonomia, che intenda porsi come origine valida di normatività al di là e contro la fattualità dominante, risulta impotente. Può determinare i rapporti giuridici solo attraverso e rafforzando i rapporti statali proprio nella loro dimensione autocratica.

Questi, a loro volta, da un lato sono strumento di mediazione dei rapporti sociali, dall'altro lato in questa funzione tendono a riaffermare se stessi, ad assolutizzarsi come gli unici rapporti statuali legittimi.

Ciò che viene sacrificato, dunque, è qualsiasi rilevanza di una positività non statale, la quale viene neutralizzata riducendola a rapporto sociale extragiuridico, a rapporto sociale irrilevante rispetto alla determinazione di una diversa legittima statualità.

3. LE CONSEGUENZE DELL'ASSOLUTIZZAZIONE DELLA POSITIVITÀ IN ORDINE ALLA SOCIALITÀ

Da tutto quanto si è detto, conseguono ulteriori effetti che conducono a una visione riduttiva questa volta del sociale stesso. Infatti, mentre nel giusnaturalismo risulta manifesto che alla base della società vi è il diritto, una serie di pratiche giuridicamente qualificate, tendenti a porre in essere un tipo specifico di statualità non statale, lo *status societatis*, nel nuovo contesto la società risulta essere una condizione data, una razionalità immanente, un sistema di rapporti né giuridicamente, né statualmente determinato. La storia della società dalla storia del diritto e del mondo morale rifluisce nella storia naturale.

All'assolutizzazione della forma statale dei rapporti statuali corrisponde l'assolutizzazione dello stato dei rapporti sociali, proprio nella misura in cui questi non risultano effetto anche delle pratiche giuridiche o comunque più genericamente normative. Si finisce, cioè, da un lato per negare che vi sia un tipo di statualità anche all'origine della società (che dunque al fondo la società *sia*, in quanto *si istituisca giuridicamente*), dall'altro lato per rafforzare un processo di assolutizzazione della statualità della società, là dove tale statualità si converta in un mero stato oggettivo non istituito e perciò realmente assoluto (disciolto da ogni capacità istituyente), unitario e accentrato.

Nel marxismo, come nel funzionalismo la società, in quanto condizione oggettiva, si libera della statualità, che diviene un mero prodotto secondario dell'agire sociale.

Nel passaggio dall'età del giusnaturalismo a quella del positivismo si è assistito, invece, proprio a un grande esperimento di *istituzione* della

società. Da un sistema basato ancora su vincoli di origine feudale si è passati a un ordine fondato sulla proprietà privata. Abbandonato il valore della tradizione, ci si è diretti verso lo spazio pluriprospectico della libertà e dell'uguaglianza. Così l'istituzione di un nuovo ordine sociale è potuta apparire come un compito da svolgersi con lucida consapevolezza. Anzi è lo stesso ideatore primo del positivismo, Saint-Simon, che manifesta il senso più vivo di tale compito, quando scrive: "Il XIX secolo non ha ancora assunto la fisionomia che gli si adatta; la nostra letteratura filosofica, essendo sempre essenzialmente critica, è ancora oggi dominata dallo spirito del XVIII secolo. Da questo stato di cose deriva: che noi siamo ancora in un clima rivoluzionario e che nuove crisi ci minacciano; qualsiasi sistema, infatti (e perciò anche quello politico), non può essere sostituito dalla critica che lo ha rovesciato; per sostituire un sistema, occorre trovare un altro sistema".

Se questa lucida consapevolezza intorno al carattere istituito della società viene perduta, si può cadere facilmente in una sorta di appiattimento dello stesso significato più profondo del senso della positività e dello stesso positivismo. Cosa da cui non sono stati esenti né lo stesso Saint-Simon, né Auguste Comte.

La società stessa da effetto di pratiche normative diviene, cioè, una condizione semplicemente data una volta per tutte. Di conseguenza lo studio della società diviene lo studio dei rapporti sociali così come si danno nella loro costituzione 'positiva'. E Durkheim può formulare un proprio giudizio sulla natura della società che tende a codificare questo slittamento semantico. La società in generale "non trae origine da un assetto convenzionale che la volontà umana ha inventato di sana pianta e sovrapposto al reale; ma esce dalle stesse viscere della realtà, ed è il prodotto necessario di cause date; ...la vita deriva direttamente dall'essere collettivo che è per sé stesso una natura *sui generis*".

Se la società non è qualcosa che si istituisce, allora la dimensione istituzionale non è costitutiva e i rapporti obbligatori e contrattuali vengono intesi come un che di artificiale, come qualcosa di lasciato all'arbitrio della volontà, senza che di essi venga colta la dimensione