L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

La dogmatica giuridica al cospetto del giuspositivismo*

Carsten Bäcker

Università di Bayreuth

Abstract: **The Legal Dogmatics in the Sight of Legal Positivism**
This paper takes the debate on the concept of law as a departure for redrafting the role of legal doctrine (Rechtsdogmatik). It distinguishes, in a quadral model, four categorically distinct concepts of law (convergent and divergent legal positivism, and convergent and divergent legal non-positivism), and – accordingly, four categorically distinct concepts of legal doctrine – or, rather, of the role of justice in legal doctrine. As a result, it can be shown that a moderated understanding of the argument from justice is compatible with (divergent) legal positivism.

Keywords: Dogmatics, Concept of Law, Validity, Legal positivism, Justice.

Sommario: 1. Diritto e giustizia – 1.1. La ripartizione pentagonale di Alexy – 1.2. Un modello quadrilaterale – 2. Dogmatica giuridica e giustizia – 2.1. Concetto di dogmatica giuridica – 2.2. Dogmatica giuridica e giustizia nel modello quadrilaterale.

Il concetto di dogmatica giuridica è poco chiaro allo stesso modo del concetto di giustizia. Tanto più oscuro sarà il rapporto tra la dogmatica giuridica e la giustizia. Questa mancanza di chiarezza poggia non solo sull'oscurità propria dei concetti messi in relazione, bensì essenzialmente anche sul fatto che la connessione tra la dogmatica giuridica e la giustizia è una modalità espressiva del rapporto da sempre enigmatico tra diritto e giustizia. Dalla precisazione di questo rapporto fondamentale si possono attendere spiegazioni in merito al rapporto tra la dogmatica giuridica e la giustizia. In altre parole: quest'ultima relazione dipende dal nesso in cui il diritto sta con la giustizia.

Le seguenti riflessioni, pertanto, si riallacciano all'analisi dei rapporti possibili tra diritto e giustizia, nel modo in cui essi sono stati presentati nel dibattito sul positivismo (A). Si dimostrerà che sostanzialmente si possono

* Versione aggiornata e ampliata di idee dell'autore, che sono già apparse sotto il titolo "Rechtsdogmatik und Gerechtigkeit", in C. Bezemek (Hrsg.), *Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven*, C.H. Beck-Manz Verlag-Dike, München-Wien-Zürich, 2023, pp. 63-80. Sono grato di cuore a Leonardo Di Carlo per questa sua iniziativa di tradurre in italiano queste mie posizioni teoriche.

distinguere a livello concettuale all'incirca non solo due, tre, o perfino cinque posizioni sul rapporto tra diritto e giustizia, come è emerso nel dibattito finora sviluppato, bensì precisamente quattro posizioni. Nella seconda parte verranno delineate le quattro modalità di lettura del rapporto tra la dogmatica giuridica e la giustizia che corrispondono a queste quattro posizioni (B). In tale contesto, risulterà che la focalizzazione del rapporto tra diritto e giustizia nel dibattito sul positivismo guadagna una prospettiva dalla quale allo stesso tempo può essere riconosciuta solo una faccia della medaglia di tale rapporto. Di conseguenza, con la questione cruciale in merito al dibattito sul positivismo[1]se il diritto ingiusto sia giuridicamente valido, risalta all'attenzione solo ciò che può essere contrassegnato come aspetto giuridico di *negazione* della giustizia. Questa focalizzazione sui confini della validità del diritto ingiusto può bloccare la visuale dal lato *costruttivo* della giustizia in merito al diritto[2]. Al riguardo, questo secondo lato della medaglia è di portata notevolmente maggiore per la dogmatica giuridica praticata quotidianamente. Anche tale lato sarà da correlare, alla luce delle quattro letture fondamentali del rapporto tra diritto e giustizia, a quattro distinti tracciamenti di confine per la dogmatica giuridica.

1. Diritto e giustizia

Ogni tentativo di chiarificazione del rapporto tra il diritto e la giustizia incontra l'enigmaticità del concetto di giustizia[3]. Leggermente meno oscuro è il concetto di diritto, ma un'unanimità su di esso è a malapena rinvenibile tra i giuristi. Con Ralf Dreier si deve perfino assumere che ogni giurista ha un proprio concetto arcano di

[1] Cfr. R. Gröschner, "Gerechtigkeit", inE. Hilgendorf, J.C. Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler Verlag, Stuttgart, 2007, pp. 418-424 (418); qui, tuttavia, rapportato alla concezione della giustizia, ma non al suo potere negatorio di negazione della validità.

[2] Questo vale almeno per l'autore delle presenti righe e per la sua tesi dell'esclusione della giustizia; cfr. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an den Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2015, p. 315: "Al di là della forma delle rappresentazioni della giustizia, nel diritto scritto la giustizia come argomento giuridico […] è esclusa" (N.d.T.); vedi anche la tesi della sostituzione della giustizia in Id., "Vom Positivismusstreit zur These der Gerechtigkeitssubstitution", in F. Reimer, *Gerechtigkeit als Methodenfragen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 45-71 (67 ss.); con un'ottica molto orientata ai pericoli della giustizia quale criterio di negazione della validità nel diritto.

[3] Per un concetto formale di scopo, che identifica la giustizia con la correttezza, cfr. R. Alexy, "Giustizia come correttezza", in *Ragion pratica*, 9 (1997), pp. 103-113 (105): "La giustizia è correttezza (*Richtigkeit*) nella distribuzione e nella compensazione" (N.d.T.); giustizia è correttezza in relazione alla distribuzione e alla compensazione. Per uno sguardo d'insieme sulle teorie della giustizia come teorie procedurali, cfr. A. Tschentscher, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000; per chiarificazioni concettuali più generali, cfr., ad esempio, E. Holzleithner, *Gerechtigkeit*, UTB Verlag, Stuttgart, 2009.

diritto[4], e ciò forse vale in una maniera ancora più opaca per il concetto di giustizia elaborato dai giuristi. Nondimeno, non pochi filosofi del diritto connettono entrambi i concetti, come, ad esempio, Gustav Radbruch nell'asserzione tanto illuminante quanto enigmatica, che il diritto è la realtà che avrebbe il senso di servire la giustizia[5]. Qui è sufficiente che la giustizia, mutuando da Radbruch, vada concepita come ideale funzionale della correttezza pratica generale e, pertanto, anche come ideale funzionale del diritto come ordinamento normativo.

Le seguenti idee si basano su contrapposizioni concettuali, per le quali può essere omesso di definire sostanzialmente il diritto o la giustizia. Esse si limitano solo a trovare una concettualizzazione delle posizioni sostenibili nel rapporto tra il diritto e il suo ideale di giustizia. Una contrapposizione di due campi, ispirata alla storia delle idee, informa il dibattito fino ad ora condotto. Essa si è imposta in maniera dualistica e include il positivismo giuridico, da un lato, e il giusnaturalismo, dall'altro[6]. Tale dicotomia esaurirebbe il campo delle definizioni presentabili nel senso di una dualità concettuale se non si desse nessuna posizione, sul rapporto di diritto e giustizia, che non fosse o giuspositivistica o giusnaturalistica. Tuttavia, si devono classificare posizioni giusrazionalistiche né come giuspositivistiche né del resto come giusnaturalistiche. Problemi simili si producono in merito alla posizione di Radbruch sulla credenza nei diritti umani fondati in maniera culturale-consensuale, che dovrebbero formare un limite relativistico-ultrapositivo per il diritto positivo[7]; anche se lo stesso Radbruch la qualifica come giusnaturalistica[8]. Anche il tentativo di Robert Alexy, fondato in maniera teorico-discorsivo, di difesa della Formula di Radbruch e di rifiuto del

[4] Cfr. R. Dreier, "Der Begriff des Rechts", in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pp. 890-896 (890): "Tutti i giuristi hanno, di regola, un concetto di diritto poco chiaro, che è alla base dell'autocomprensione del proprio lavoro" (N.d.T.).

[5] Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3 Aufl., Quelle & Meier Verlag, Leipzig, 1932, p. 29 s.: "Il diritto è la realtà che ha il senso di servire il valore del diritto, cioè l'idea del diritto. […]. Ora, l'idea del diritto non può essere altro che la giustizia" (N.d.T.).

[6] In maniera critica, cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 185: "A question which may still be illuminatingly described as the issue between Natural Law and Legal Positivism"; cfr. anche H. Dreier, "Naturrecht und Rechtspositivismus", in W. Härle, B. Vogel (Hrsg.), *Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, Herder Verlag, Freiburg i.B., 2007, pp. 127-170 (127-129).

[7] Cfr. soltanto G. Radbruch, "5 Minuten Rechtsphilosophie", in *Rhein-Neckar-Zeitung* del 12.09.1945, p. 3: "Ci sono princìpi del diritto, che sono più forti di ogni statuizione giuridica, così che una legge, che contraddice ad essi, è priva di validità. Si definiscono questi princìpi come diritto naturale o diritto di ragione. Certamente essi sono, individualmente considerati, come circondati da qualche incertezza, ma il lavoro dei secoli ha tuttavia elaborato una rigida stabilità, e nelle cosiddette Dichiarazioni dei diritti umani o civili li ha catalogati con un consenso così ampio, che in relazione ad alcuni di essi solo uno scetticismo forzato potrebbe alimentare il dubbio" (N.d.T.).

[8] Sulla lettura del giusnaturalismo di Radbruch oscillante tra relativismo e idealismo e sul suo rapporto con i diritti umani, cfr. più nel dettaglio C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., pp. 71-75.

positivismo giuridico, è definito non adeguatamente con il temine di diritto naturale[9].

1.1. La ripartizione pentagonale di Alexy

Il dualismo di positivismo giuridico e giusnaturalismo, pertanto, è stata non da ultimo riconfigurata mediante Alexy in quella di positivismo e non-positivismo[10]. Questa è certamente una contrapposizione dualistica poiché è contraddittoria dal punto di vista logico-concettuale; essa, però, rimane, al contempo, grossolana. La dualità concettuale di positivismo giuridico e non-positivismo giuridico, che potrebbe essere stata letta mediante la sopracitata coppia concettuale di giusnaturalismo e positivismo giuridico, è ritagliata sul diritto. Tuttavia, anche questa coppia concettuale logicamente contraddittoria focalizzata sul diritto ha ancora uno svantaggio strutturale: la quantità dei fenomeni che ricadono sotto l'un concetto dipende in negativo dalla quantità dei fenomeni ricadenti sotto l'altro concetto. In altre parole: la contraddizione concettuale prima richiamata è approssimativamente così maneggevole, allo stesso modo in cui il mondo dei colori (o quello della politica) potrebbe essere suddiviso in verde e non-verde.

Nel dibattito anglo-americano si è stabilita una bipartizione più precisa per il positivismo giuridico lì paradigmatico, con la quale la coppia concettuale diventa una triade di concetti: il positivismo giuridico inclusivo viene distinto dal positivismo giuridico esclusivo, ed entrambi sono contrapposti al non-positivismo giuridico (o meglio, alla teoria del diritto naturale)[11]. Il positivismo giuridico esclusivo assume che il diritto è necessariamente separato dalla giustizia ("tesi della separazione") o, per lo meno, deve essere separato. Questa posizione si può

[9] Cfr. soltanto R. Alexy, "Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs", in W. Krawietz, G. v. Wright (Hrsg.), *Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts. Festschrift für Ernesto Garzón Valdés*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 85-108; sulla fondazione in senso teorico-discorsivo o teorico-argomentativo, cfr. in maniera particolare l'argomento della correttezza così come la tesi della correttezza in Id., *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber Verlag, Freiburg i.B., 1992, pp. 64-70 e 129-136, così come la difesa della Formula di Radbruch nella cornice dell'argomento dell'iniquità, pp. 70-117; in senso riassuntivo, Id., *A Defence of Radbruch's Formula*, inD. Dyzenhaus (Hg.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pp. 15-39. Sulla critica agli argomenti di Alexy, cfr., ad esempio, C. Bäcker, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, 2ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012, pp. 234-250; per un'alternativa teorico-discorsivo, *ivi*, pp. 250-260.

[10] Cfr. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., pp. 39 ss.

[11] Cfr. solo K.E. Himma, "Natural Law Theory", in *IEP*. Recuperato da https://iep.utm.edu/natlaw/ [Data di consultazione: 30/03/2026].

ascrivere ad Herbert Hart[12] ma anche a Joseph Raz[13], fatte le debite differenze[14], come pure si potrebbero aggiungere Hans Kelsen[15] e Norbert Hoerster[16].

Il positivismo giuridico inclusivo è legato a Will Waluchow[17], all'ultimo Herbert Hart[18] o a Jules Coleman[19]. Secondo questa teoria, il diritto di certo è concettualmente separato dalla giustizia, ma esso può includere la giustizia nel senso di criteri morali nel diritto, cosa che di regola accade – senza che questi criteri morali perdano per questo la propria natura divenendo semplicemente criteri giuridici[20]. Caratteristica di questa posizione è la "tesi della connessione".

La differenza tra la variante esclusiva e quella inclusiva non è rimasta confinata al positivismo giuridico. Alexy, riferendosi alla distinzione interna al positivismo, ha distinto un *non-positivismo giuridico esclusivo* da un *non-positivismo giuridico inclusivo*, cosa con la quale si potrebbe considerare diversamente la lettura, specialmente continentale, del diritto in una tradizione del diritto di natura e in una tradizione del diritto di ragione. A queste due posizioni sarebbe ancora da affiancare una terza[21], quella del non-positivismo giuridico

[12] Cfr. H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 185 s.: "*Here we shall take Legal Positivism to mean the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so*".

[13] Cfr. J. Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law", in Id., *The Authoriy of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 37-52 (47): "*law* […] *can be determined without using moral arguments (but allowing for arguments about people's moral views and intentions, which are necessary for interpretation, for example)*". – Raz stesso considera la categoria del positivismo giuridico come generica, cioè superata. Semmai si dovrebbe parlare di una tradizione giuspositivistica; Id., "Das Gerechtigkeitsargument", in M. Borowski, S.L. Paulson, J.-R. Sieckmann (Hrsg.), *Rechtsphilosphie und Grundrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 9-30 (9, 14).

[14] Cfr. per Raz come giuspositivista esclusivo, ad esempio, K.E. Himma, "Legal Positivism", in *IEP*. Recuperato da https://iep.utm.edu/legalpos/#SH2a [Data di consultazione: 30/03/2026].

[15] Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Franz Deuticke Verlag, Wien, 1960, p. 201: "pertanto, qualsiasi contenuto può essere diritto" (Nd.T.).

[16] Cfr. N. Hoerster, *Was ist Recht*, C.H. Beck, München, 2006, p. 70: "il concetto di diritto deve sostanzialmente essere definito come neutrale" (N.d.T.).

[17] Cfr. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

[18] Cfr. H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 250 del Poscritto: "[…] *the rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values* […] *such as the Sixtheenth or Nineteenth Amendments to United States Constitution respecting the establishment of religion or abridgements of the right to vote*"; "*so my doctrine is what has been called 'soft positivism*'".

[19] Cfr. J.L. Coleman, *The Practice of Principles. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 108: "*Inclusive legal positivism is the claim that positivism allows or permits substantive or moral tests of legality; it is not the view that positivism requires such tests. A legal system with only pedigree criteria of legality is surely a legal system, and inclusive legal positivists have no reason to think otherwise*".

[20] Più dettagliatamente sul positivismo giuridico inclusivo, cfr. L. Székessy, *Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.

[21] Sull'asimmetria strutturalmente vistosa della duplice distinzione all'interno delle posizioni giuspositivistiche e della triplice distinzione per quelle non-positivistiche, così come sul procedere,

superinclusivo[22]. Con ciò, la distinzione procede da due a tre e infine a cinque categorie. Alle tre posizioni del non-positivismo giuridico sarebbe comune che esse, in opposizione alle due varianti del positivismo giuridico, assumono una connessione necessaria tra diritto e giustizia ("tesi della connessione").

La posizione del non-positivismo giuridico esclusivo assumerebbe, inoltre, che ogni difetto morale del diritto porterebbe alla perdita del carattere di diritto e della validità giuridica[23]. Questa posizione può essere pensabile come non-positivismo radicale[24] o può essere definita anche come rigoroso moralismo giuridico. Il non-positivista giuridico inclusivo, al contrario, lascerebbe il venir meno del carattere di diritto o meglio della validità giuridica[25] sulla base di un difetto morale, cioè di una carenza di giustizia, solo quando una soglia determinata di iniquità, o meglio di ingiustizia, dovesse essere superata. Questa posizione viene mantenuta paradigmaticamente nella Formula di Radbruch[26]; icastica nella versione ridotta (troppo ridotta)[27] di Alexy: "L'ingiustizia estrema non è diritto"[28]. Il non-positivismo giuridico superinclusivo, infine, non si accontenterebbe di nessun difetto morale, anche grave, per lasciar andar via la validità giuridica, anche nel caso in cui con ciò dovesse trattarsi necessariamente di un diritto molto carente. Questa posizione viene assunta da Radbruch prima del

basato su ciò, verso una distinzione quadrilaterale, cfr. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im* Rechtsstaat, cit., p. 267 s.

[22] Cfr. R. Alexy, "Law, Morality and the Existence of Human Rights", in *Ratio Juris*, 25 (2012), pp. 2-14 (4-7).

[23] *Ivi*, p. 5: "*every moral defect, every injustice, yields legal invalidity*".

[24] *Ibidem*: "*the most radical version of non-positivism*".

[25] In Radbruch, i criteri della perdita del carattere di diritto e della validità giuridica sono distinti, al contrario, in Alexy sono messi sullo stesso piano; cfr. C. Bäcker, "Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit. Von der Radbruchschen Formel zurück zum Primat der Rechtssicherheit", in J.C. Schnur (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 33-45 (35-37).

[26] Cfr. G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergeseztliches Recht", in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1 (1946), pp. 105-108 (106): "il conflitto tra la giustizia e la certezza del diritto potrebbe essere risolto nel senso che il diritto positivo, garantito da regole e potere ha la priorità anche se è materialmente ingiusto […], a meno che la contraddizione della legge positiva con la giustizia raggiunga una misura così intollerabile che la legge, come diritto non corretto, deve cedere il passo alla giustizia" (N.d.T.). A questa Formula dell'intollerabilità, Radbruch ha affiancato la cosiddetta Formula della negazione (*Verleugnungsformel*), che descrive quando una legge positiva è comunque troppo ingiusta: "dove l'uguaglianza, che realizza il senso della giustizia, è stata consapevolmente negata in occasione della emanazione del diritto positivo" (*ivi*, p. 107; N.d.T.). Più dettagliatamente sulla Formula di Radbruch e sulla sua apertura interpretativa così come sulle sue contraddizioni, cfr. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., pp. 27-86.

[27] Cfr. C. Bäcker, "Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit. Von der Radbruchschen Formel zurück zum Primat der Rechtssicherheit", in J.C. Schnur (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 33-45 (35-37).

[28] Cfr. R. Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993, p. 4.

1933[29] e oggi viene sostenuta da una lettura relativistica della teoria del discorso[30].

1.2. Un modello quadrilaterale

Ad un'analisi più approfondita si evidenzia come queste cinque posizioni siano da correlare soltanto a quattro categorie, che in un modello quadrilaterale possono essere reciprocamente e analiticamente contrapposte. Questa quadruplice distinzione parte dalla constatazione che sotto queste menzionate cinque posizioni ci sono, in primo luogo, due punti di vista fuorvianti. Così, secondo il positivismo giuridico inclusivo o positivismo *soft* deve essere possibile che qualcosa possa non essere giuridicamente valido per ragioni morali, sebbene il concetto di diritto debba essere definito, in accordo alla tesi della separazione, indipendentemente dalla morale. Diversamente, secondo il non-positivismo giuridico superinclusivo, un enunciato giuridico deve poter essere giuridicamente valido, sebbene esso per motivi morali non sia concettualmente diritto in accordo alla tesi della connessione. Queste posizioni sono significative solo se le relazioni tra diritto e giustizia in base al concetto di diritto possono essere distinte dalle connessioni relative alla validità.

Sulla base della possibilità di una separazione analitica del concetto di diritto dalla validità del diritto[31], si potrebbero assumere due posizioni fondamentali in merito ad essi. Si potrebbe asserire o una connessione concettuale

[29] Cfr. soltanto G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 82 s.: "ma per quanto ingiusto il diritto possa essere configurato nel suo contenuto – si è mostrato che esso adempie sempre uno scopo, già per il suo esistere, quello della certezza giuridica. Il giudice, in quanto si mette al servizio della legge senza riguardo per il proprio senso di giustizia, diventa servitore, suo malgrado, non di scopi semplicemente contingenti dell'arbitrio. Anche se egli cessa di essere servitore della giustizia perché la legge così vuole, tuttavia, egli rimane sempre ancora servitore della certezza del diritto" (N.d.T.). Più nello specifico sulla posizione di Radbruch prima del 1933, cfr. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., pp. 38-43.

[30] *Ivi*, p. 308. Nel frattempo io ho intrapreso, tuttavia, una certa attenuazione di questa posizione. Il diritto soggiace all'obbligo (non giuridico) della modificabilità, se e nella misura in cui esso rimane discorsivamente impossibile secondo i criteri del discorso pratico generale. Poiché questo è sempre possibile, il diritto deve essere sempre modificabile. Se il diritto non soddisfa questo requisito, perché dovesse essere giuridicamente o fattualmente impossibile modificare il diritto, ed esso dovesse rimanere in contraddizione con la necessità discorsiva del discorso pratico generale, allora il diritto deve essere modificato. In una condizione di necessità discorsiva, possono darsi istanze, strutturalmente a ciò abilitate, a mutare in via di eccezione la situazione giuridica, come, ad esempio, quella della giustizia costituzionale. Sull'obbligo discorsivo della modifica del diritto, cfr. più nel dettaglio Id., "Recht in den Grenzen begrenzter Vernunft. Konsequenzen einer relativierten Diskurstheorie", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 111 (2025), pp. 226-246 (242-245).

[31] Anche R. Alexy, in *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., pp. 44-46, concederebbe questa separabilità, ma egli si decide per "un concetto di diritto […] che includa quello della validità" (*ivi*, p. 45; N.d.T.).

(CC) (*begrifflicher Zusammenhang*) oppure una separazione concettuale (CS) (*begriffliche Trennung*) tra diritto e giustizia. La prima posizione è quella del non-positivismo giuridico, la seconda è giuspositivistica. Inoltre, si potrebbe affermare o una connessione relativa alla validità giuridica (VC) (*rechtsgeltungsbezogener Zusammenhang*) oppure una separazione relativa alla medesima (VS) (*rechtsgeltungsbezogene Trennung*) tra diritto e giustizia; anche qui, di nuovo, la prima posizione sarebbe non-positivistica, la seconda invece giuspositivistica[32].

Se la possibilità di separare le relazioni orientate al concetto di diritto da quelleorientate alla validità viene accettata come presupposto dall'incorporazionismo e dal non-positivismo giuridico superinclusivo, allora si possono combinare reciprocamente e a piacere le posizioni relative al concetto di diritto con quelle relative alla validità. Da ciò derivano, accanto a due posizioni *convergenti* positivistiche e non-positivistiche, anche due posizioni *divergenti*, che contengono sia asserzioni giuspositivistiche sia asserzioni non-positivistiche. Ne derivano quattro possibili combinazioni: CS e VS (positivismo giuridico convergente), CS e VC (positivismo giuridico divergente), CC e VC (non-positivismo giuridico convergente), CC e VS (non-positivismo giuridico divergente).

Tutto ciò porta ad un modello quadrilaterale del diritto:

DIRITTO E GIUSTIZIA

Positivismo giuridico convergente (CS e VS)	Non-positivismo giuridico convergente (CC e VC)
Positivismo giuridico divergente (CS e VC)	Non-positivismo giuridico divergente (CC e VS)

Le cinque posizioni sono, pertanto, diventate quattro. In confronto alla distinzione pentagonale di Alexy[33], pertanto, nel modello quadrilaterale due posizioni devono essere contenute in una sola categoria[34]. Questo è il caso del quadrante del non-positivismo giuridico convergente. Esso include la posizione del non-positivismo giuridico esclusivo e quella del non-positivismo giuridico inclusivo poiché entrambi in egual misura assumono sia una connessione concettuale tra diritto e giustizia sia una connessione relativa alla validità. La

[32] Sarebbe immaginabile, inoltre, riconoscere ulteriormente e rispettivamente la posizione dell'indifferenza (I) in merito al concetto di diritto (C) (*Begriff*) e alla validità (V) (*Geltung*)(CI/VI). Una posizione del genere, però, non rileva in tal contesto poiché essa non descrive propriamente il rapporto tra diritto e giustizia.

[33] Questa distinzione non va confusa con il modello pentagonale di Alexy della dimensione ideale del diritto, il quale modello ruota attorno alla pretesa di correttezza; sul punto, cfr. R. Alexy, "The Ideal Dimensiono of Law", in G. Duke, R.P. George, *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 314-341 (329).

[34] Per le contrapposizioni grafiche in Carsten Bäcker, Id., *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., p. 276 s.

differenza tra queste due posizioni consiste nella clausola estrema che mitiga nella variante del non-positivismo giuridico inclusivo la connessione relativa alla validità tra diritto e giustizia. Questa differenza, però, non è categoriale ma soltanto graduale poiché la connessione relativa alla validità rimane sussistente[35].

Con il modello quadrilaterale si può spiegare perché l'ascrizione di alcune posizioni al positivismo o al non-positivismo fino ad oggi pare poco precisa ed è rimasta controversa. L'ascrizione delle posizioni di divergenza sia al positivismo giuridico sia al non-positivismo giuridico si trasforma a seconda della focalizzazione sulla connessione relativa al concetto di diritto o su quella relativa alla validità. La posizione (CS e VC) è, in relazione al concetto di diritto, positivismo giuridico, ma, in relazione alla validità, è non-positivismo giuridico. Nel caso della posizione (CC e VS), avviene il contrario: essa posizione descrive, in relazione al concetto di diritto, un non-positivismo giuridico, ma, in relazione alla validità, essa descrive un positivismo giuridico. Un esempio è il dibattito sulla (presunta) conversione/svolta di Radbruch dopo il 1933: egli era prima del 1933, in relazione al concetto di diritto, un non-positivista divergente, ma, in relazione alla validità, era un giuspositivista divergente. Con la Formula omonima, Radbruch mutò la propria posizione in un non-positivismo giuridico convergente, in quanto egli riconobbe la connessione di validità[36].

Il modello sopra raffigurato correla le posizioni divergenti al positivismo giuridico oppure al non-positivismo giuridico secondo le connessioni adottate in merito al concetto di diritto (paradigma del concetto di diritto). Se, al contrario, l'asserzione sulla validità viene concepita come rilevante per l'attribuzione delle posizioni al positivismo giuridico o al non-positivismo giuridico, allora l'incorporazionismo deve essere concepito come non-positivismo mentre il non-positivismo giuridico superinclusivo, al contrario, deve essere concepito come positivismo. Di conseguenza, il modello quadrilaterale, all'interno del paradigma della validità, assume la seguente forma:

DIRITTO E GIUSTIZIA

Positivismo giuridico convergente (CS e VS)	Non-positivismo giuridico convergente (CC e VC)
Non-positivismo giuridico divergente (CS e VC)	Positivismo giuridico divergente (CC e VS)

2. Dogmatica giuridica e giustizia

Sullo sfondo di queste quattro categorie dell'interpretazione del rapporto tra il diritto e la giustizia, il rapporto tra la dogmatica giuridica e la giustizia può essere

[35] Più specificatamente, *ivi*, p. 270, nota 105.
[36] Più approfonditamente sul dibattito in merito alla svolta di Radbruch, *ivi*, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., pp. 35-69 (in particolare pp. 66-69).

analizzato in maniera più chiara. Risulta dall'inizio che un'unica lettura corretta di questo rapporto non può essere determinato fino a che non sia stato determinato un unico rapporto corretto tra la dogmatica giuridica e la giustizia. L'interpretazione di quest'ultimo, pertanto, è relativa, cioè relativa alla comprensione del rapporto tra il diritto e la giustizia – rapporto che non può essere stabilito giuridicamente, ma, in qualità di precomprensione, soggiace o viene trasferita al diritto, e, in quanto tale, deve essere trasmessa nella dogmatica giuridica[37].

Sul fondamento del modello quadrilaterale ci si deve aspettare che si possono distinguere, in merito al rapporto tra la dogmatica giuridica e la giustizia, proprio quattro posizioni concettuali[38]. Prima di esporre queste posizioni, in primo luogo, si deve determinare più da vicino il concetto di dogmatica giuridica.

2.1. Concetto di dogmatica giuridica

Poiché un'illustrazione di questo concetto in tutti i suoi contesti era lo scopo di un convegno da cui è derivato il volume[39] cui si riferisce questo contributo, si può partire da questi risultati qui presentati in vista di ulteriori chiarificazioni concettuali. Qui dovrebbe essere sufficiente evidenziare solo un concetto di dogmatica giuridica; senza, di conseguenza, dover affermare che proprio questo sia un concetto corretto o addirittura l'unico concetto corretto di dogmatica giuridica. Robert Alexy sostiene che "la dogmatica giuridica è ciò che i giuristi in senso stretto e proprio praticano di fatto come scienza giuridica"[40]. Poiché questo concetto esibisce criticità definitorie evidenti e, pertanto, non porta molto lontano, Alexy ha descritto in maniera più precisa ciò che si deve intendere per scienza giuridica dei giuristi in senso stretto e proprio. Essa scienza giuridica sarebbe "un insieme di almeno tre attività: (1) la descrizione del diritto valido, (2) la descrizione della sua pregnanza sistematico-concettuale così come (3) l'elaborazione di proposte per la soluzione di casi giuridici problematici"[41]. A

[37] La vera questione diventa, pertanto, quale precomprensione, o meglio, la precomprensione di cosa è decisivo; Id., "Verfassungsanalogien. Das Bundesverfassungsgericht anderGrenzen der Verfassungsinterpretation", in *Der Staat* 60 (2021), pp. 7-41 (38).

[38] Questo si mostra anche per la comprensione dei diritti umani, in particolare per la comprensione del rapporto tra diritti umani e diritto positivo, in relazione al quale in connessione al modello quadrilaterale si possono distinguere proprio quattro posizioni categoriali; Id., "Menschenrechte zwischen Recht und Richtigkeit", inM. Borowski, S.L. Paulson, J.-R. Sieckmann (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, op. cit., pp. 185-223 (202 s.).

[39] Il convegno dal titolo *Rechtsdogmatik — Stand und Perspektiven* si è tenuto presso l'Università di Graz nei giorni 24 e 25 März 2022. Il volume che ne raccoglie gli atti è C. Bezemek (Hrsg.), *op. cit.*

[40] Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978, p. 307.

[41] *Ivi*, p. 308.

queste tre attività reciprocamente intrecciate si possono correlare, secondo Alexy, tre dimensioni della dogmatica giuridica: "una dimensione empirico-descrittiva, una logico-analitica e una pratico-normativa"[42]. Ad Alexy interessa nella *Teoria dell'argomentazione giuridica*, da cui sono tratte queste citazioni, soprattutto la seconda dimensione, quella della dogmatica logico-analitica come nucleo della dogmatica giuridica sistematico-concettuale[43]. Per le riflessioni qui sviluppate, questa dimensione, tuttavia, è di interesse piuttosto ristretto, poiché essa concerne la pervasività dogmatico-concettuale nel materiale giuridico e, comunque, i rapporti interni alla dogmatica giuridica, o meglio, all'ordinamento giuridico che ne è alla base. Certamente potrebbe risultare da ciò che l'assunzione (possibile) di criteri di giustizia nel diritto positivo sulla base della sua apertura concettuale renda più difficile la sistemazione di enunciati giuridici dati; contro l'adozione di criteri di giustizia nel diritto attraverso il diritto non si volge nessuna delle sopracitate posizioni[44].

Il rimando alle altre due delle tre attività già richiamate della dogmatica giuridica, che si possono distinguere come *dogmatica giuridica accertativa*, come *dogmatica giuridica sistematizzante* e come *dogmatica giuridica creativa*, mette in evidenza in maniera chiara, al contrario, il punto qui decisivo. Le funzioni della dogmatica giuridica sono chiaramente intuite solo in minima parte con le connessioni del rapporto tra diritto e giustizia, che sono centrali nel dibattito sul positivismo. Pertanto, le quattro posizioni definite nel modello quadrilaterale sul rapporto tra diritto e giustizia si distinguono essenzialmente mediante gli effetti di volta in volta assunti dei vizi morali sul concetto di diritto e sulla validità giuridica. Al centro dell'attenzione sta la questione di come va in merito alla validità giuridica degli enunciati giuridici iniqui.

[42] *Ibidem*.

[43] Alexy contrassegna più specificatamente questa attività della dogmatica giuridica, nella *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., mediante tre funzioni: "(1) l'analisi logica dei concetti giuridici, (2) la ricostruzione di questa analisi in un sistema e (3) l'impiego dei risultati di questa analisi per la giustificazione delle decisioni giudiziarie" (*ivi*, p. 311). Egli ammette che la dogmatica giuridica non può essere descritta integralmente solo in queste funzioni logico-analitiche. Sarebbe necessario aggiungere ancora altri argomenti materiali: "è piuttosto immaginabile da ciò che l'impiego di argomenti sistematico-concettuali accanto agli altri argomenti, in particolare a quelli pratico-generali è necessario e razionale" (*ivi*, p. 312). Questo lo porta ad un concetto pentagonale di dogmatica giuridica, che deve indicare una strada intermedia tra una comprensione ampia, trilaterale e una stretta, logico-analitica: "una dogmatica giuridica è (1) una classe di enunciati, che (2) sono relativi a norme statuite e alla giurisprudenza, ma che non sono identici con la descrizione di tali norme e casi, (3) che stanno reciprocamente in connessione, (4) sono messi in pratica e discussi nella cornice di una scienza giuridica istituzionalmente praticata e (5) hanno contenuto normativo" (*ivi*, p. 314; N.d.T.).

[44] Tuttavia, alle posizioni che separano la validità dal concetto di diritto soggiace un atteggiamento fondamentalmente critico verso la giustizia, che deriva proprio dall'indeterminatezza della giustizia. Ciò si traduce nell'obbligo dell'esternalità (o meglio dell'esternalizzazione) della giustizia. Con le posizioni che connettono la validità al concetto di diritto, al contrario, anzi in maniera del tutto opposta, può essere connesso l'obbligo dell'internalizzazione (o meglio, dell'internalità) della giustizia.

Questo *focus* sulla validità giuridica del diritto iniquo è per l'attività accertativa della dogmatica giuridica, quella della determinazione del diritto valido, assolutamente essenziale. Qui rileva la giustizia e il suo rapporto con la validità giuridica; qui la dogmatica giuridica potrà intercettare alla luce della giustizia – relativamente al punto di vista teorico-giuridico all'interno del modello quadrilaterale – asserti sulla (non)-validità di singoli enunciati giuridici. Se la dogmatica giuridica accertativa determina gli enunciati giuridici significativi per il caso che attende una decisione, allora spetta al criterio della giustizia, a seconda della precomprensione nel modello quadrilaterale, o una funzione neutrale sulla validità (VS) oppure una funzione negatoria, o meglio, di annullamento della validità (VC)[45].

Un esempio è la questione centrale emersa nel caso della privazione della cittadinanza, se il decreto n. 11 attuativo della legge sulla cittadinanza del *Reich* del 25 novembre 1941, che al § 2 regolava la perdita della cittadinanza tedesca per i cittadini di razza ebraica, sia mai stato diritto valido[46]. Un altro esempio è la questione dogmatica decisiva nei casi della polizia frontaliera di guardia al Muro di Berlino (*Mauerschützen*), se la ragione di giustificazione del § 27 II della legge sul confine della Repubblica Democratica Tedesca, che giustificava l'uso di armi in caso di fuga dal territorio della Repubblica, potesse essere annoverata tra gli enunciati giuridici da prendere in considerazione per la soluzione della questione della punibilità[47]. Per tali questioni, il decreto attuativo n. 11 è decisivo nel modello quadrilaterale: se si assume per il problema della validità giuridica (VS) una posizione di separazione, allora la validità dell'ingiustizia estrema di questi enunciati giuridici non viene interessata. Se, al contrario, si assume una connessione di validità e concetto di diritto (VC), allora la validità può venir meno perfino come *ex tunc* e, di conseguenza, di regola può essere considerata sebbene contrafattualmente come mai esistita[48]. Questo vale almeno per il non-positivismo giuridico convergente nella sua interpretazione più diffusa[49]. Per il positivismo

[45] H.-Martin Pawlowski – "Gerechtigkeit durch Richter?", in A. Aarnio e altri (Hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60 Geburtstag*, Duncker&Humblot, Berlin, 1993, pp. 703-718 (717 s.) – considera questa funzione negatoria di annullamento, tuttavia, solo per l'ambito del diritto penale osservato dalla visuale del princìpio *nulla poena*, quale pietra miliare per il giudice, poiché altrimenti egli si atteggerebbe a medium della "morale pubblica".

[46] Cfr. BVerfGE 23, 98, 106.

[47] Cfr. BVerfGE 95, 96, 130 ss.

[48] La Formula di Radbruch viene richiamata, come negli esempi citati, nella giurisprudenza di regola per l'accertamento retroattivo di un enunciato giuridico non-valido. Si può tuttavia provare che Radbruch voleva sapere intesa la sua Formula come applicata senza effetto retroattivo. Si trattava per lui della capacità difensiva dei giuristi contro l'ingiustizia legale nei regimi iniqui. Un'identificazione retroattiva del non-diritto, che porta con sé tutti i problemi dell'accertamento giuridico retroattivo, andrebbe piuttosto essere contrapposta all'intenzione di Radbruch: cfr. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., p. 61 s.

[49] Accanto alle sentenze richiamate del Corte costituzionale federale, cfr. in particolare R. Alexy, *Mauerschützen*, cit., p. 33: "non viene modificata retroattivamente […] con l'applicazione della Formula di Radbruch la situazione giuridica, ma solo viene accertata come era la situazione

giuridico divergente (nel paradigma dei concetti), al contrario, si dovrebbe, in primo luogo, indagare a fondo quali criteri di giustizia avesse incorporato il diritto dello Stato nazionalsocialista, o meglio, della Repubblica Democratica Tedesca, e, pertanto, se si fosse in presenza di una violazione di questi criteri.

Per la terza attività, quella dell'elaborazione di soluzioni (ipoteticamente o di fatto) per casi giuridici che richiedono una decisione, la giustizia gioca un ruolo non meno significativo[50]. Qui si tratta non della funzione negatoria di annullamento, ma di quella creativa della giustizia. Questa funzione costruttiva della giustizia come obiettivo della dogmatica giuridica creativa entra rapidamente nella categorializzazione, all'inizio osservata, del rapporto tra diritto e giustizia, che mira agli effetti del difetto morale. Di fatto, il modello quadrilaterale pare avere poca forza assertiva al riguardo, poiché esso fondamentalmente potrebbe essere compatibile con tutte le posizioni li delineate, cioè con la posizione di anteporre in maniera normativa al diritto lo scopo della giustizia. Il diritto deve essere giusto[51]. Questo dovere di giustizia, al contrario, in base ad una precomprensione di esso, deve essere concepito in maniera abbastanza variegata anche per l'ambito della dogmatica giuridica creativa.

2.2. Dogmatica giuridica e giustizia nel modello quadrilaterale

Per i giuspositivisti convergenti la pretesa del diritto di essere giusto è esterna al diritto – e se il diritto sia giusto, rimane da valutare, pertanto, sulla base di un criterio esterno al diritto. Il diritto può più meno soddisfare questo criterio; per il diritto e per l'applicazione di tale criterio come diritto sostanzialmente non cambia nulla. Parimenti, il giuspositivista convergente non solleverà nessuna obiezione contro il fatto che la giustizia guidi la creazione del diritto (*Rechtsfindung*), nella misura in cui la cornice giuridica creata mediante il diritto

giuridica al momento dell'azione. Ovviamente questo significa una modificazione dal punto di vista della fatticità. Tutto ciò, però, è proprio lo spirito della Formula di Radbruch. Essa identifica il diritto non con la fatticità della legge conforme all'ordinamento e dell'efficacia sociale, ma pone a questa fatticità un limite nella soglia dell'iniquità, in quanto essa potrebbe far perdere alle norme giuridiche in tale situazione il carattere di diritto e la validità giuridica" (N.d.T.).

[50] Sul punto in tempi più recenti, cfr., ad esempio, F. Reimer, *op. cit.*, che nella giustizia nel diritto scorge oggi certamente un "argomento pudico raramente usato quasi taciuto" (*ivi*, p. 2), che però come "questione onnipresente e come ausilio per la percezione" (p. 42) non è da escludere dal diritto, ma piuttosto rimarrebbe di significato sussidiario "dovunque là dove il diritto valido lascerebbe spazi liberi" (*ibidem*, N.d.T.).

[51] Anche se nessuno disputerà seriamente sul fatto che il diritto debba essere giusto, sarà da discutere, tuttavia, su quando il diritto è giusto o per lo meno relativamente giusto. Questa disputa non può essere condotta sensatamente senza una determinazione materiale dei requisiti della giustizia nel diritto. Questo problema fondamentale etico-giuridico, però, non deve essere risolto qui.

positivo venga osservata[52]. Certo, questa creazione del diritto deve essere pensata come creazione del diritto all'interno della cornice giuridica solo *ex post*; *ex ante*, la giustizia è semplicemente un ausilio alla decisione – che osservata dal punto di vista giuridico, sta fondamentalmente nello stesso grado gerarchico accanto ad altri criteri extragiuridici, come, ad esempio, il princìpio dell'efficienza economia dei costi, dell'agricoltura sostenibile o della ricerca spaziale[53].

Per il non-positivista giuridico convergente, la giustizia è un requisito del diritto, che si riflette nel diritto come richiesta di determinazione essenziale. Questo può, come nel caso di Ronald Dworkin, condurre all'idea dell'unica risposta corretta in ogni questione giuridica (una risposta, che certamente il diritto conosce, ma non colui che realmente applica il diritto)[54], oppure ciò può essere inteso, come in Alexy, come ideale regolativo, che certamente rimane non raggiungibile, ma che tuttavia è ciò cui costantemente si deve tendere[55]. Il diritto conosce anche nel non-positivismo giuridico convergente ulteriori ideali regolativi concorrenti– specialmente la certezza del diritto e la l'accordo con la volontà del legislatore[56] – che sono da armonizzare con la tensione verso la giustizia. Ciò conduce al fatto che, relativamente al peso dell'argomento della certezza

[52] Paradigmaticamente H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke Verlag, Leipzig-Wien 1934, p. 95: "Che una sentenza giudiziaria è giustificata sulla base di una legge, non significa in verità nient'altro che essa sentenza si mantiene all'interno della cornice che la legge rappresenta, ma non significa che essa è la norma individuale, ma solo che essa è una delle norme individuali, che sono possibili all'interno della cornice della norma generale" (N.d.T.).

[53] *Ivi*, p. 98 s.: "nella misura in cui, in occasione dell'applicazione della legge per mezzo di accertamenti relativi alla cornice, al cui interno si deve attenere l'atto da emanare, e che sono necessari per il caso, potrebbe trovar posto un'attività di tipo conoscitivo, si tratterebbe non di una conoscenza del diritto positivo, quanto piuttosto della conoscenza di altre norme, che qui possono confluire nel processo della produzione normativa; norme della morale e della giustizia, giudizi di valori sociali, che si è soliti definire con le parole chiave di bene comune, interesse statale, progresso ecc. […]: sono determinazioni che non derivano esse stesse dal diritto positivo" (N.d.T.).

[54] Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press,Cambridge/Massachusetts, 1977, pp. 81-130; Id., *No Right Answer?*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 58-84.

[55] Cfr. ad esempio, R. Alexy, *Nachwort*, in Id., *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 399-435 (429 ss.).

[56] In senso contrario, M. Potacs, "Kommentar", in F. Reimer, *op. cit.*, Mohr Siebeck, pp. 73-92; che sottopone la giustizia come scopo del legislatore alla volontà del legislatore stesso (meglio la interpreta come "rappresentazione assiologia consolidata di una società", p. 79) perché lo scopo dell'interpretazione deve essere quello di realizzare la giustizia, che il legislatore naturalmente (almeno anche) vorrebbe raggiungere (*ivi*, p. 92). Con questa lettura, il confine tra interpretazione teleologica oggettiva e interpretazione teleologica soggettiva sembra affievolirsi in maniera allarmante, confine che può essere considerato come confine tra il perfezionamento del diritto sulla base del diritto (*Rechtsfortbildung*) e applicazione del diritto (*Rechtsanwendung*): cfr. C. Bäcker, *Verfassungsanalogien*, cit., p. 27 s. Tuttavia, Potacs vorrebbe tracciare questo confine solo a livello di possibilità interpretativa: cfr. M. Potacs, Rechtstheorie, 2ª ed.,UTB Verlag, Stuttgart, 2019, p. 202.

giuridica, della volontà del legislatore e della giustizia, la cornice giuridica a volte va rispettata rigorosamente[57]; a volte, però, va modificata anche mediante un perfezionamento (*Rechtsfortbildung*) riduttivo mediante istanze a ciò idonee. Da ultimo, un metabilanciamento tra il detto, il voluto e il dovuto determina qui i confini della dogmatica giuridica nei casi individuali[58].

Per i giuspositivisti divergenti, tutto dipende dal fatto se e fino a che punto il diritto abbia incorporato la giustizia. Di regola, il diritto non includerà la giustizia nel complesso come criterio astratto, ma solo sotto determinati profili e aspetti. Così, la Legge Fondamentale (*Grundgesetz*, GG) ha almeno in parte incorporato la giustizia, ad esempio, attraverso i princìpi di uguaglianza generale e particolare, come negli artt. 3 e 33 della Legge Fondamentale, oppure perfino attraverso riferimenti espressi alla giustizia, come agli artt. 1 co. 2 GG, 14 co. 3 cpv. 3 GG, e 56 GG, ai quali però, viene riconosciuto nel complesso un effetto normativo piuttosto limitato. Per siffatte inclusioni parziali della giustizia si deve capire in modo più preciso fino a che punto con ciò la giustizia come ideale della correttezza pratica sia diventata un criterio giuridico, pertanto, un criterio nel diritto. Certo, ciò si può interpretare anche per la Legge Fondamentale, però in maniera del tutto diversa[59]. Un giuspositivista inclusivo potrebbe, però, essere incline al fatto di ammettere con l'incorporazione parziale degli elementi di giustizia un ricorso alla giustizia in generale[60]. Singoli riferimenti alla giustizia si dimostrerebbero, pertanto, formulati in maniera scettica, come cavallo di Troia della morale o dell'etica nella corte del Diritto[61]. In definitiva, la giustizia nel diritto avrebbe un significato formalmente più circoscritto; materialmente, però, avrebbe lo stesso significato dogmatico come nel non-positivismo giuridico convergente.

[57] Un esempio di rigorosa prevalenza dell'argomento della certezza del diritto sarebbe nel diritto costituzionale tedesco l'art. 103 Abs. 2 GG. Una prevalenza del genere, rigorosa e sottratta al bilanciamento, sarebbe, in questo paradigma della possibilità e della necessità del bilanciamento dei tre ideali giuridici centrali (che dal punto di vista della teoria della norma potrebbero essere definiti più opportunamente come principi giuridici fondamentali), un'eccezione difficilmente giustificabile; perché l'esistenza di siffatte posizioni giuridiche sottratte al bilanciamento produrrebbe un argomento contro l'inclusione strutturalmente illimitata dell'argomento della giustizia.

[58] Su queste categorie del vincolo dell'interpretazione, cfr. C. Bäcker, *Verfassungsanalogien*, cit., pp. 26 ss.

[59] Sui riferimenti espressi alla giustizia nella Legge Fondamentale sopra richiamati, Id., *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., pp. 115-130.

[60] Così ad esempio, la Corte costituzionale federale (BVerfG) quando concepisce il princìpio costituzionale dello Stato di diritto come totalità al di sopra delle parti e riconosce l'elemento della giustizia accanto a quello della certezza del diritto: cfr., ad esempio, BVerfGE 7, 89, 92: "Al princìpio dello Stato di diritto appartiene non solo la prevedibilità, bensì anche la certezza del diritto e la correttezza materiale o giustizia" (N.d.T.). Critico sulla lettura del princìpio dello Stato di diritto come totalità al di sopra delle parti o trascendente, cfr. C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, cit., pp. 186-191.

[61] Con questa immagine già D. Merten, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1975, p. 19: "Criteri materiali possono diventare cavallo di Troia per lo Stato di diritto" (N.d.T.).

Con il non-positivismo giuridico divergente si riconosce una connessione concettuale del diritto con la giustizia; parimenti, però, viene rifiutata per tale connessione un significato negatorio di annullamento per la validità del diritto. La giustizia, pertanto, non è in condizioni di produrre un argomento negatorio che modifichi la cornice giuridica. Essa, però, è nella condizione, all'interno della cornice medesima da determinare al di là delle riflessioni di giustizia ultrapositive, di guidare le decisioni degli attori giuridici e delle istituzioni[62]. Pertanto, la giustizia offre un criterio con il quale si può scegliere tra più decisioni giuridicamente sostenibili. Il non-positivismo giuridico divergente si differenzia in questo dal positivismo giuridico convergente per il fatto che l'argomento della giustizia nella cornice del diritto – più precisamente: nello spazio di sostenibilità contrassegnato da più decisioni egualmente sostenibili secondo il diritto positivo[63] – non solo è un argomento possibile tra molti argomenti non-giuridici, ma è un argomento inerente al diritto, che precede essenzialmente tutte le altre idee non giuridiche teleologicamente orientate. Dal positivismo giuridico divergente il non-positivismo giuridico divergente si differenzia per il fatto che il diritto non solo deve incorporare l'argomento della giustizia, ma anche che tale argomento in modo totale, o meglio astratto, come criterio del diritto è anche un criterio nel diritto – senza poter modificare lo spazio della sostenibilità. Tale non-positivismo si differenzia dal non-positivismo giuridico convergente per il fatto che la

[62] In tal senso, cfr. F. Reimer, *op. cit.*, p. 12: "Nella misura in cui il legislatore costituzionale (o il legislatore che apporta revisioni costituzionali) ha preso delle decisioni, queste sono vincolanti e godono di priorità; la giustizia non può essere messa contro il diritto positivo costituzionale. Nella misura in cui il legislatore costituzionale non ha preso nessuna decisione, allora il poter legislativo è libero e, nella misura in cui dal canto loro non hanno preso nessuna decisione, potere esecutivo e potere giudiziario sono liberi, e certamente liberi anche nella scelta di criteri concreti di giustizia" (N.d.T.).

[63] Più approfonditamente sullo spazio di sostenibilità, cfr. C. Bäcker, "Anspruch und Wirklichkeit des richterlichen Entscheidens. Ulfrid Neumann und die Illusion der einzig richtigen Antwort", in F. Saliger *et al.* (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2017, pp. 43-54; con la tesi della riduzione della pretesa giudiziale della correttezza alla pretesa della sostenibilità giuridica. In senso contrario R. Alexy, Nachwort, in Id., *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 433: "Una decisione giudiziaria, che applichi una legge irrazionale o una legge ingiusta, non soddisfa secondo tutti gli aspetti perciò alla pretesa di correttezza con essa sollevata" (N.d.T.). Di fatto questa posizione del non-positivismo giuridico divergente sta in posizione mediana: con Alexy si deve concordare che la pretesa giudiziaria alla correttezza non si esaurisce nell'accertamento della sostenibilità giuridico-positiva delle sue decisioni. Questa pretesa deve piuttosto pretendere che la decisione giudiziaria rappresenta la soluzione più giusta per una delle alternative sostenibili – nella misura in cui più alternative decisionali siano sostenibili in pari misura secondo il diritto positivo. Questo è il secondo aspetto sussidiario della pretesa di correttezza delle decisioni giudiziarie. Il criterio della correttezza di questa seconda componente di una scelta giusta tra le alternative decisionali giuridico-positive, secondo la teoria del discorso del diritto, va oltre il discorso giuridico in senso stretto e conduce indietro al discorso pratico generale. La competenza giudiziaria però non è sufficiente al punto da modificare la cornice di sostenibilità dietro il ricorso all'argomento della giustizia, come consentirebbe il non-positivismo giuridico convergente almeno nei casi-limite.

giustizia ultrapositiva nell'applicazione del diritto non rappresenta nei singoli casi un *topos* di bilanciamento di ugual rango rispetto alla certezza del diritto e alla volontà del legislatore, quanto piuttosto una ponderazione sostanzialmente di ordine inferiore[64]. Il risultato del metabilanciamento metodologico del detto e del voluto con il dovuto è definito dunque nel non-positivismo giuridico divergente come sottratto alla ponderazione[65].

Il modello quadrilaterale del rapporto tra diritto e giustizia può in tal guisa chiarire che il significato della giustizia per la dogmatica giuridica non solo si misura da ciò che si intende precisamente con i concetti di giustizia e di dogmatica giuridica, quanto soprattutto si misura in ciò, a quale precomprensione del rapporto tra diritto e giustizia come suo ideale della correttezza pratica si fa seguito. Sulla propria precomprensione di questo rapporto, ogni attore giuridico, cioè ogni soggetto che applica il diritto, in breve: ogni studioso di dogmatica giuridica, che sia interessato alle possibilità e ai limiti della propria attività, deve essere consapevole del perché è necessaria nella educazione giuridica una misura minima di prestazione di intermediazione teorico-giuridica. Con ciò, però, tuttavia, si è entrati in un altro ambito.

[64] A meno che il diritto incorpori determinati aspetti della giustizia. Eventualmente però si sarebbe in presenza di una regolare collisione di princìpi giuridici, che sarebbe da risolvere secondo le consuete regole di collisione dei rispettivi sistemi giuridici, ma non un conflitto tra princìpi giuridici positivi con i requisiti di giustizia ultrapositivi. In tal senso, il non-positivismo giuridico divergente si orienta a H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cit., p. 99: "sarebbe perciò che il diritto positivo stesso delegherebbe qualche tipo di norma metagiuridica, come la morale, la giustizia ecc. In tal modo, però, queste norme verrebbero riconfigurate come norme giuridiche positive" (N.d.T.).

[65] Bilanciamenti inammissibili o impossibili sono nel diritto fuori dell'ordinario, ma possibili. Un esempio di inammissibilità del bilanciamento è quello della garanzia della dignità umana di cui all'art. 1 Abs. 1 cpv 1 GG, che è compatibile con la teoria dei princìpi del diritto; sul punto, cfr. C. Bäcker, "Begrenzte Abwägung. Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit", in *Der Staat*, 55 (2016), pp. 433-460.