

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE
E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Triennale* in Scienze Politiche Relazioni
Internazionali e Diritti Umani



HART: DIRITTO, FILOSOFIA E PENSIERO

Relatrice: Prof. Costanza Margiotta Broglio Massucci

Laureanda: Caterina Marconato
matricola N. 1231989

A.A. 2021/2022

Ai miei genitori

Sommario

Introduzione	2
Capitolo 1- Prima di Hart.....	4
Giuspositivismo	4
Imperativismo di Austin.....	6
Normativismo kelseniano	9
Giuspositivismo metodologico e ideologico	11
Giusnaturalismo	13
Ugo Grozio.....	19
Thomas Hobbes	21
Gustav Radbruch.....	23
Realismo giuridico	24
Alf Ross	27
Capitolo 2- Hart	30
Differenza tra modello del bandito austiniaco e ordine, secondo Hart.....	32
Critica di Hart ad Austin, errori e obiezioni.....	34
Ordinamento giuridico hartiano: norme primarie e secondarie	36
Kelsen e la norma fondamentale.....	38
La norma di riconoscimento di Hart	40
Critica a Ross, validità e sentimenti.....	43
Hart e il giusnaturalismo	46
La teoria dell'interpretazione di Hart.....	50
Capitolo 3- Dopo Hart	54
Il neo-costituzionalismo.....	54
Ronald Dworkin.....	57
La critica al modello delle regole.....	58
La teoria della “one right answer”	60
Conclusione.....	64
Bibliografia	65
Sitografia.....	67
Ringraziamenti.....	68

Introduzione

L'intento di questa tesi è quello di indicare un punto di vista interpretativo per la filosofia di Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), un filosofo e giurista britannico, professore di Jurisprudence a Oxford dal 1952, ritenuto uno dei più prestigiosi filosofi del diritto inglese del '900.

Il suggerimento per sviluppare questo lavoro mi è stato dato dalla professoressa Costanza Margiotta Broglio Massucci, docente di filosofia del diritto, quando mi ha accennato a questo autore. Successivamente, durante il corso dell'anno e grazie alle lezioni seguite, mi sono appassionata io stessa all'argomento decidendomi di sceglierlo come argomento di tesi. Dunque, il mio lavoro ha come oggetto quest'illustre autore, ma non solo: mi sono soffermata sulle teorie del diritto che influenzano il pensiero dell'autore, dandogli le basi per poter costruire la sua personale filosofia del diritto. L'autore, definito uno dei principali esponenti del positivismo novecentesco, non affronta solo le tematiche di tale filosofia, ma critica anche altre correnti della filosofia del diritto. Si potrebbe definire come un "positivista intransigente, ma moderato e un normativista coerente, ma non esasperato".¹

Le maggiori filosofie del diritto in vigore a metà del Novecento, nel momento in cui Herbert Hart prenderà la cattedra di Jurisprudence nella prestigiosa università di Oxford, influenzano inevitabilmente il pensiero dell'autore. Ho trattato le varie filosofie del diritto, dal giuspositivismo giuridico, al giusnaturalismo, e ancora il giusrealismo, teorie del XIX e XX secolo, soffermandomi sui punti salienti di esse. È stato interessante scoprire i pensieri e le teorie del diritto di svariati autori come Alf Ross, Gustav Radbruch o Kelsen e scovarne i difetti, attraverso le lenti di Hart, che critica autori precedenti e contemporanei a lui.

Per dare una visione il più completa possibile ho ritenuto degno di nota trattare, in ultima istanza, di Ronald Dworkin, autore che muoverà critiche interessanti e costruttive al Nostro, nonostante non siano sempre di facile comprensione.

¹ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

Devo ammettere che le tematiche non sono state sempre semplici da trattare e comprendere, ma ritengo sia stata una sfida interessante, che sono felice di aver colto e portato a termine.

Il lavoro si è concentrato sull'analisi dei testi di vari autori, anche tutt'ora viventi. Lo studio bibliografico e sitografico si è svolto in parte anche nella Biblioteca Meneghelli di diritto privato a Padova.

Nel primo capitolo mi soffermo sul “prima di Hart”, e dunque sulle teorie che si sono sviluppate nel periodo in cui vive l'autore, che lo hanno influenzato.

Nel secondo capitolo analizzo il pensiero di Hart, le critiche mosse alle precedenti teorie, le analogie con le stesse e lo sviluppo della sua nuova filosofia del diritto che rivoluzionerà il mondo anglosassone e non solo.

Nel terzo e ultimo capitolo mi concentro sul “dopo Hart”, nello specifico ho approfondito alcune critiche mosse da Ronald Dworkin alla teoria di Hart.

Lo studio intrapreso mi ha permesso di incontrare argomenti mai trattati e che hanno suscitato il mio interesse e mi hanno consentito di guardare al mondo della filosofia del diritto e dei suoi notevoli autori con occhi di curiosità e scoperta.

Capitolo 1

Prima di Hart

Giuspositivismo

Una delle teorie più diffuse nel XIX-XX secolo è il giuspositivismo, una dottrina filosofica che considera come diritto il solo diritto positivo, ossia quello posto da un'autorità.

La filosofia del diritto giuspositivista prevede tre assunti principali: la tesi della separabilità, ossia la connessione contingente e non necessaria tra diritto e morale, che sostiene che il diritto moralmente ingiusto sia comunque diritto; il soggettivismo etico, ovvero che i giudizi valoriali siano soggettivi, quindi non ci sono giudizi veri o falsi, giusti o ingiusti oggettivamente; e la teoria mista, il cui primo sostenitore sarà proprio Hart, che prevede nel diritto l'esistenza di casi facili, ai quali basta l'applicazione di una norma per la propria risoluzione e casi difficili, che invece necessitano di più norme.

Fin dal principio la tesi della separabilità, cioè la separazione del diritto dalla morale, nasce in opposizione alla tesi dei giusnaturalisti che vedevano invece nella connessione tra diritto e morale un legame necessario definitorio, identificativo ed interpretativo. Secondo il giuspositivismo il diritto può essere identificato e interpretato senza doversi riferire alla morale. La tesi della separabilità del giuspositivismo nega in tutti i suoi aspetti questa connessione necessaria, identificando invece il nesso diritto-morale come contingente, accessorio od eventuale.

Nel secondo assunto posto dal positivismo giuridico viene preso in considerazione il soggettivismo etico. In questa tesi si sostiene che i valori di giudizio non esistano come oggettivi (oggettivamente veri o falsi, oggettivamente giusti o ingiusti), bensì solo come soggettivi. Il soggettivismo etico si afferma tardivamente rispetto al primo giuspositivismo dell'Ottocento; infatti, viene alla luce nella prima metà del '900. I padri del positivismo giuridico (1800), Bentham e Austin, erano oggettivisti; pertanto, non condividevano ancora la tesi del soggettivismo etico.

Il terzo assunto, teoria interpretativa mista, espressa proprio da Herbert Hart, spiega la differenza tra casi semplici e casi difficili nel diritto. È opportuno fare questa distinzione per comprendere come affrontare determinate tipologie di questioni giuridiche. La teoria sostiene che nell'affrontare i casi facili, ci troveremo dinnanzi a disposizioni giuridiche che manifestano un'unica norma, e dunque non sussiste il problema dell'interpretazione. Affrontando invece i casi difficili, ci troviamo dinnanzi alle disposizioni che esprimono più di una norma e dunque sussiste il problema dell'interpretazione. Questa teoria si diffonde a partire dal Novecento, poiché nell'Ottocento molti giuspositivisti erano ancora formalisti, ossia sostenevano che le norme avessero un solo significato.

Norberto Bobbio (1909-2004), filosofo del diritto e della politica, individua tre differenti filoni che contraddistinguono il positivismo giuridico: giuspositivismo teorico, metodologico e ideologico.

Gli elementi fondanti del positivismo teorico o formalismo giuridico, che si sviluppa a partire dal 1800 sono: la normatività, ossia l'idea che il diritto indichi solo le norme che guidano la condotta dei cittadini; la positività, è diritto solo quello positivo; la coerenza, il diritto come caratteristica deve avere la coerenza; la scientificità, si sostiene che il diritto sia una scienza vera e propria; il formalismo interpretativo, si ritiene che tutti i casi che un legislatore o giudice possa affrontare siano casi facili; la completezza, il diritto non presuppone lacune, è in grado di regolare tutti i casi; la sistematicità, non esistono contraddizioni tra norme e di conseguenza i sistemi giuridici sono ordinati; la coattività, cioè la necessità che alla norma segua una sanzione, è per questo motivo che le norme sono giuridiche. Dalla tesi della coattività si sviluppano due ideologie: l'imperativismo e il normativismo. L'imperativismo, di cui maggior esponente è John Austin (1790-1859), suppone un diritto che è composto da comandi, che vengono posti dallo stato e se violati comportano una sanzione. Il normativismo, di cui maggior esponente è Hans Kelsen (1881-1973), prevede un ordinamento giuridico composto da comandi che, a

differenza dello statualismo imperativista, sono norme giuridiche “de-psicologizzate”² e la quale validità è riconosciuta da una norma superiore.

Imperativismo di Austin

John Austin (1790-1859), fu un giurista e filosofo inglese, allievo di Jeremy Bentham (1748-1832) e con lui fondatore del Giuspositivismo ottocentesco. Fu sostenitore di una concezione di positivismo giuridico chiamata “imperativismo”. Il punto di partenza della teoria del diritto dell’autore imperativista, che pone le basi del giuspositivismo giuridico, è l’idea che il diritto venga studiato in modo avalutativo e oggettivo, senza porlo a giudizio dei propri valori.³ Tale visione del diritto lo rende una scienza in grado di autodeterminare le condizioni della sua validità. Grazie a questa concezione si studia il diritto com’è e non come dovrebbe essere, non sono ammesse dunque valutazioni di alcun tipo (principio di avalutatività). Lo stesso autore imperativista sottolinea che: “la giurisprudenza generale, o filosofia del diritto positivo, non concerne direttamente la scienza della legislazione. Essa concerne direttamente i principi e le distinzioni che sono comuni ai diversi sistemi di diritto particolare e positivo, e che ciascuno di questi diversi sistemi inevitabilmente involge, sia adesso degno di lode o di biasimo, sia esso in accordo o no con una determinata misura o criterio, ovvero (cambiando la frase) la giurisprudenza generale, o filosofia del diritto positivo, riguarda il diritto come esso necessariamente è, piuttosto che il diritto come dovrebbe (ought) essere, il diritto come deve necessariamente (must) essere, sia esso buono o cattivo, piuttosto che il diritto come deve necessariamente essere se esso fosse buono”⁴.

Il pensiero di Austin, si può collocare sulla strada che inizia da Thomas Hobbes, giunge a Jeremy Bentham e continua fino a Hans Kelsen con la “teoria pura”, per poi procedere con altre forme di giuspositivismo. Austin fa parte della scuola

² T. Cadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019

³ B. H. Hix, *Teoria del diritto, Idee e contesti*, a cura di A. Porciello, Giappichelli, 2016

⁴ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law*, Volume 1, 1864

utilitarista, come il suo maestro Bentham (1748-1832), e apporta delle novità significative e fondamentali per la concezione del diritto moderno, come la differenza tra legge giuridica e non giuridica; la concezione di sovranità come assoluta e scevra da subordinazioni di alcun tipo; il concetto di comando sanzionato.

La differenza tra legge giuridica e non giuridica è posta da Austin individuando in modo preciso alcune peculiarità che la norma giuridica deve avere per essere considerata tale. Identifica innanzitutto la legge con il comando, cioè “l’espressione di un desiderio rivolto alla condotta di un terzo (“Fai questo!”)”.⁵ Austin propone numerosi esempi di comandi (avvertimenti, richieste, invocazioni), quello più importante e sul quale nasce la teoria imperativista è appunto l’ordine imperativo. Per chiarire il concetto bisogna spiegare il modello del bandito e dell’impiegato in banca che Austin usa per spiegare la sua teoria del comando. Con questo esempio l’autore vuole definire gli obblighi giuridici come “comandi generali sostenuti da minacce, come quello del bandito che, a causa della coazione, riceverebbe un’obbedienza abituale”⁶. Questo modello (del bandito e dell’impiegato in banca) si può indicare come un ordine coattivo, cioè un comando al quale deve seguire una sanzione. Un’altra peculiarità del comando è quindi la sanzione, per cui un comando si può definire norma giuridica se e solo se la sua violazione comporta una conseguenza dolorosa fisicamente o giuridicamente negativa: la sanzione, secondo l’autore, deve essere una minaccia con la quale il sovrano rafforza il proprio comando. Con quest’ultima affermazione vengono introdotte le altre caratteristiche che definiscono una norma giuridica come tale: deve essere posta da un sovrano e deve essere obbedita, sentita come obbligo. Chi comanda dunque è il sovrano, una figura posta in una posizione di preminenza rispetto a tutti: infatti, nella concezione imperativista austiniana, il sovrano è colui che risulta essere indipendente politicamente, e quindi privo di qualsiasi rapporto di subordinazione e obbedienza rispetto ad altri organi politici. A questo proposito Hart, ne “Il concetto di diritto” opera più famosa dell’autore in cui critica Austin, afferma che la figura sovrano

⁵ T. Cadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019

⁶ C. Luzzati, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino, Giappichelli, 2010

deve essere esternamente indipendente (dagli altri ordinamenti giuridici che sono validi in altri paesi) e internamente supremo (rispetto al suo territorio).⁷ Austin suppone che il comando sia obbedito dalla maggioranza delle persone, e questo è spiegato dall'autore con l'abitudine all'obbedienza: può essere considerato sovrano (come l'abbiamo inteso finora) solo colui che è obbedito e rispettato in maniera continua e permanente, non occasionale, e al quale si riconosca un'obbedienza che, come utilità, supera gli svantaggi che comporterebbe una disobbedienza. Un'ultima caratteristica che definisce questi obblighi giuridici è la generalità, e dunque che il comando sia rivolto a tutti gli individui e non al singolo. Austin si allontana dall'ordinamento giuridico internazionale, non considerandolo giuridico perché, come si può facilmente intuire, non a tutte le norme della legislazione giuridica internazionale segue una sanzione concreta e quindi non si può parlare propriamente di norma giuridica secondo l'autore perché per definire una norma giuridica è necessaria la sanzione corrispondente.⁸

La visione scientifica del diritto, pone Austin in netto contrasto con la tradizione del diritto e con il contesto filosofico in cui il suo pensiero si è formato: il *common law*. Con *common law* s'intende un modello di ordinamento che ha origine in Gran Bretagna, e che si basa su consuetudini e non sulla codificazione di leggi e atti normativi. Austin, come Bentham, sostiene la codificazione: per Bentham la codificazione diventa un oggetto con il quale rinnovare il diritto in vigore per abolirlo; per Austin invece la codificazione non permette di creare *ex novo* il diritto, anche se consente una riformulazione e un perfezionamento della sua forma, ma non una rivisitazione del suo contenuto. La codificazione non migliora il diritto sostanzialmente, ma solo formalmente, cioè non ci sono modificazioni dal punto di vista dei contenuti, bensì solamente per quanto riguarda la forma. Pertanto, questo comporta uno studio valutativo del diritto, infatti modificando il contenuto subentra anche una valutazione dello stesso; invece, modificando solamente

⁷ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁸ L'autore non nega l'esistenza del diritto internazionale, sistema di norme e principi che regolano le relazioni tra Stati e organizzazioni internazionali, ma nega la giuridicità delle sue norme, poiché in mancanza di sanzioni, esse possono essere considerate norme di carattere morale, ma non giuridiche.

l'aspetto esteriore della struttura della norma, questo non implica un giudizio valutativo.⁹

Normativismo kelseniano

L'altro filone del positivismo teorico oltre all'imperativismo è il normativismo, di cui il maggior esponente è Hans Kelsen. Nato nel 1881 a Praga e deceduto nel 1973 a Berkeley, è definito come il maggior filosofo del diritto positivista continentale. È stato attore fondamentale nella stesura della Legge Costituzionale Federale della Repubblica Austriaca nel 1920. Ebbe una vita turbolenta, contrassegnata da vari spostamenti e trasferimenti a causa delle sue origini ebraiche, in un periodo in cui gli esponenti della cultura ebraica venivano ferocemente perseguitati. Nel 1929 si trasferisce a Colonia, dove insegna diritto internazionale fino al 1932 quando fu destituito a causa delle leggi razziali. Nel 1940 è costretto a fuggire negli Stati Uniti, dove trascorre il resto della sua vita. Nonostante queste vicissitudini, ha pubblicato una generosa produzione di opere e il suo pensiero è diventato fondamentale a livello globale per la filosofia del diritto.

Kelsen, come Austin, vede il diritto come una scienza vera e propria, che deve caratterizzarsi dall'assenza di valori di giudizio soggettivi, ideologie politiche. Anche nel pensiero normativista si nota una netta cesura tra diritto e morale, che contraddistingueva lo stesso imperativismo. Da questi presupposti Kelsen elabora la dottrina pura del diritto, dove "la teoria è pura perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene all'oggetto esattamente determinato come diritto".¹⁰ Il diritto risulta quindi uno studio di norme e non di fatti, e al fine di studiare le norme (oggetto del diritto) si deve costruire una teoria che studia il *Sollen* (dover essere) che il giurista contrappone al *Sein* (essere).

L'autore ha una visione del diritto come insieme di norme giuridiche che sono poste in relazione tra loro in maniera gerarchica. La norma giuridica ha un ruolo centrale

⁹ T. Cadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019

¹⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1967

nell'ordinamento proprio perché il diritto è l'insieme di queste norme, tanto che possiamo dedurre che la “spiegazione della natura normativa del diritto sia l'unico obiettivo della teoria di Kelsen”¹¹. La norma giuridica è ritenuta dall'autore normativista un'ipotesi, una previsione che viene spiegata così: “se A (illecito), deve essere B (sanzione)”¹². Non c'è una relazione di causalità tra i due eventi, bensì un'ipotesi per cui se viene compiuto un illecito, allora deve seguire una sanzione; l'evento A e l'evento B hanno un legame solo grazie al principio di imputazione. Il principio di imputazione si applica alle norme giuridiche, e fa del diritto un gruppo di norme che enunciano un nesso tra eventi e le distingue dalle leggi naturali, alle quali invece si applica il principio di causalità, per cui a una causa segue sempre l'effetto.¹³ Dunque riguardo alle norme giuridiche: se all'evento A non dovesse seguire l'evento B, la norma sarebbe comunque valida. Inoltre, anche per Kelsen la sanzione ha un ruolo determinante e, come per l'imperativismo, è la caratteristica peculiare che distingue le norme giuridiche da quelle che non lo sono: la coercitività quindi risulta di nuovo il criterio di riconoscimento delle norme giuridiche.

Una delle novità rispetto alle teorie precedenti introdotta da Kelsen è la norma fondamentale. L'autore ha una concezione gerarchica dell'ordinamento giuridico, dove le sentenze dei tribunali esistono e sono valide grazie ad una norma che gli attribuisce validità, la quale a sua volta è valida poiché esiste una norma superiore. Potrebbe sembrare un ragionamento infinito, anzi lo sarebbe se Kelsen non avesse trovato una soluzione che risiede proprio nella norma fondamentale. Da quest'ultima norma, che è presupposta e non posta dal legislatore, discende tutto l'ordinamento giuridico. L'aver posto la norma fondamentale al vertice dell'ordinamento giuridico non toglie l'importanza dell'interpretazione; infatti, bisogna sottolineare che la norma superiore può essere eseguita in vari modi e non c'è quindi un'unica interpretazione.

¹¹ B. H. Hix, *Teoria del diritto, Idee e contesti*, a cura di A. Porciello, Giappichelli, 2016

¹² T. Cadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019

¹³ *Ibidem*

Un altro concetto degno di nota è la considerazione dell'efficacia, la quale non rientra nell'ambito della giurisdizione. Paolo Maci, professore dell'Università telematica Pegaso, sottolinea chiaramente che: “Una cosa è dire che una norma è giuridica, un'altra cosa è dire che una norma è giusta o ingiusta, opportuna o inopportuna. Kelsen dice che non è compito della dottrina pura del diritto studiare se una norma giuridica è giusta o ingiusta, opportuna o inopportuna: il compito di dire se una norma è giusta o ingiusta è affidato alla morale, mentre quello di dire se è opportuna o inopportuna è affidato alla politica, anche se si deve sempre distinguere dottrina pura da un lato, morale e politica dall'altro”.¹⁴

Anche la visione kelseniana dello Stato si differenzia da quella di Austin; infatti, l'autore normativista riconduce lo stato ad una perfetta identità con l'ordinamento giuridico, secondo il formalismo giuridico (tipica caratteristica del positivismo teorico in cui si inserisce il normativismo). Kelsen è il primo autore che riduce lo stato a diritto cercando di contestare l'idea dello stato come persona giuridica, rendendo così possibile avere un controllo nei confronti dello stato, attraverso la costituzione, proprio questa subordinazione dello stato alla legge porterà all'evoluzione dallo stato di diritto allo stato costituzionale.

Giuspositivismo metodologico e ideologico

Dopo aver analizzato il giuspositivismo teorico (normativismo e imperativismo), Bobbio individua altri due filoni giuspositivisti: quello ideologico e quello metodologico.

Il giuspositivismo metodologico sostiene la teoria secondo la quale il diritto debba essere studiato con un approccio scientifico e valutativo, senza formulare delle teorie filosofiche, bensì conoscitive. Questa teoria riprende la tesi della separabilità, menzionata dai suoi predecessori Austin, Bentham e ancora prima Hume (1711-1776). Nel giuspositivismo metodologico non c'è spazio per l'interpretazione dei giuristi, per il *quid iuris*, bensì ci si sofferma unicamente sul *quid ius*, ossia che

¹⁴ Fonte:

<http://video.unipegaso.it/Scienze/LegislazioneScolastica/Maci/SocieDirit/Ipertesti/HANS%20KELSEN.pdf>

cos'è il diritto. Inoltre, sostiene la tesi per cui non c'è la necessità di obbedire al diritto, limitandosi a descriverlo.

Il positivismo ideologico invece riconosce l'obbligatorietà del diritto posto, la necessità che sia obbedito dai cittadini. Questa teoria prevede che i giudici non si limitino a dire qual è il diritto, ma devono sostenere la sua obbligatorietà ed obbedienza (principio di ordine morale).

Dopo gli eventi di Aushwitz la filosofia del diritto cambia in modo radicale. Fino a quel momento tutti i filosofi del diritto avevano concordato che il diritto andasse obbedito in quanto posto. Dopo la tragedia dei campi di sterminio e durante il processo di Norimberga, invece, si è aperta la discussione tra giuristi e filosofi riguardo all'obbedienza del diritto. La critica al giuspositivismo in generale scaturisce dopo la Shoah e durante il processo di Norimberga. Il processo si è tenuto dal 20 novembre 1945 al primo ottobre 1946, condannando ventun gerarchi nazisti per crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Durante il processo viene coniato il termine genocidio per indicare lo sterminio di massa di un'intera etnia ad opera di uno Stato. In quest'occasione l'unica difesa da parte degli imputati era quella di aver semplicemente obbedito agli ordini impartiti. Dunque, a livello legale non ritenevano di aver violato alcun tipo di diritto, e soprattutto non si erano posti alcun tipo di problema di coscienza; infatti, l'obbedienza allo Stato prevaleva rispetto alla coscienza individuale. In questo contesto storico, i giusnaturalisti e realisti si scagliano contro il positivismo giuridico, accusandolo di essere il motivo dell'immonda tragedia avvenuta nel mondo, quale l'Olocausto. Con la scoperta dei lager (tedeschi) e dei gulag (russi) il positivismo entra in crisi, perché si riconosce, in questa filosofia che il diritto seppur ingiusto è pur sempre diritto, e dunque va rispettato: *dura lex, sed lex*. Questo giudizio condanna erroneamente il giuspositivismo in generale. Ma grazie alla distinzione di Norberto Bobbio, tra giuspositivismo teorico, metodologico e ideologico, il giudizio negativo ricade unicamente sul giuspositivismo ideologico poiché è quello che ritiene che il diritto vada in qualunque modo e momento obbedito. Di conseguenza, secondo questa visione il diritto nazista era diritto valido e andava obbedito, senza porsi il problema di coscienza. A questa critica risponde il giuspositivismo metodologico, che nasce

per difendersi: il diritto in quanto posto è sempre valido, anche se ingiusto, per cui il diritto nazista era diritto, ma non per questo implicava l'obbedienza.¹⁵

Giusnaturalismo

Anche il giusnaturalismo, dopo gli eventi di Aushwitz, rinasce. Questa filosofia del diritto si può dividere cronologicamente in 2 grandi periodi: giusnaturalismo antico (dall'antica Grecia al 1600) e moderno (dal 1600 a prima del giuspositivismo).

Il giusnaturalismo antico, si compone delle dottrine del diritto naturale dell'antichità greca, romana e della cultura medievale. Per comprendere la visione del giusnaturalismo antico, bisogna comprendere *in primis* la cultura in cui si sviluppa questa teoria. Il giusnaturalismo antico condivide una visione del mondo come cosmo finito, dove tutto ha un ordine e un posto prestabilito e ciò che si fa non si distingue da ciò che si dovrebbe fare. Non c'è separazione tra diritto e morale, fatti e valori sono dunque indistinguibili, l'oggettività è data per questo. Il comportamento degli uomini corrisponde all'oggetto del diritto, il quale è descrizione dello stato delle cose, è un diritto dichiarativo e consuetudinario, che usa il linguaggio dell'essere e della descrizione e non è costitutivo o prescrittivo. I comportamenti degli uomini ripetuti nel tempo, univoci e indiscussi diventano giusti. Quindi, il diritto si ricava dall'osservazione dei fatti, dalla natura stessa che parla attraverso i giudici che si limitano ad essere "bocca della natura", da ciò si ricava che il diritto esiste e vige in quanto giusto, non perché emanato da qualcuno e quindi posto.

All'interno del giusnaturalismo antico, possiamo individuare alcuni filoni: il giusnaturalismo greco, tipico dei filosofi; giusnaturalismo romano, tipico dei giuristi; e giusnaturalismo cristiano, tipico dei teologi. Il giusnaturalismo greco prevede che esista un unico termine per diritto e morale, identificato con il termine greco *dikaion*, che significa "giusto"; il giusto è giusto per natura, e ciò che non è giusto non è diritto; dunque, esiste solo un diritto che è quello naturale. Si verifica

¹⁵ Fonte: <https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/excerpt/9788834818343.pdf>

una connessione definitoria, non vi è una differenza tra ciò che si fa (fatto) e ciò che si dovrebbe fare (valore), in sostanza: non c'è distinzione tra diritto e morale.

Il giusnaturalismo romano, a differenza del giusnaturalismo greco che riflette sulla giustizia e non prevede una codificazione del diritto, evidenzia che lo *ius*, termine latino che significa “diritto” che si intreccia con il *mos maiorum*, espressione latina che significa “costume degli antichi” che indica la morale, i valori. Questa relazione è giustificativa: il diritto è giustificato in riferimento alla morale. Il diritto romano prevede una codificazione e all'interno del diritto abbiamo una distinzione tra pubblico e privato, e all'interno del privato si distinguono tre ulteriori tipologie di diritto, senza un ordine gerarchico: il diritto naturale, *ius naturale*, cioè il diritto vigente per tutti gli esseri viventi come ad esempio “l'accoppiamento del maschio e della femmina, la procreazione, l'educazione dei figli”¹⁶; il diritto delle genti, *ius gentium*, anch'esso naturale, valido per gli uomini e non per gli animali, che regolava i rapporti dei romani con gli altri popoli stranieri; e il diritto civile, *ius civile*, derivante dalle leggi e dall'autorità dei giudici, vigente solo tra i cittadini romani che tutela lo *status* del *civis romanus*. Nella locuzione latina di Cicerone (106 a. C- 43 a. C.) tratta dalle *Actiones Verrem*¹⁷, “*Civis romanus sum*”, viene esaltata proprio la condizione di cittadino romano, che prevedeva una serie di diritti e si fondava sulla libertà della persona.

Al giusnaturalismo romano segue quello cristiano-medievale che prevede un rapporto gerarchico tra diverse tipologie di diritto. Il diritto ingiusto non è diritto, e dunque si istituisce una connessione definitoria tra diritto e morale: se la legge è contraria alla volontà divina, essa non è legge. La suddivisione del diritto del giusnaturalismo cristiano è così gerarchicamente composta: diritto eterno, che è la legge della Divina Provvidenza, che regola il creato; il diritto divino, che si trova nelle Sacre Scritture, e consiste nella volontà di Dio rivelata; il diritto naturale, che

¹⁶ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

¹⁷ Cicerone fu un politico, avvocato, oratore, scrittore latino, console della Repubblica romana; durante la guerra civile è costretto ad allontanarsi da Roma e solo dopo la morte di Cesare rientrerà, appoggiando Ottaviano definendolo come unico vero erede di Cesare. Una delle più importanti orazioni che scrive e proclama Cicerone sono le Verrine (70 a. C.), contro il governatore siciliano Caio Verre, accusato di appropriazione indebita di denaro pubblico, *crimen pecuniarum reputandarum*.

è il diritto dettato dalla ragione divina che conosciamo grazie alla nostra stessa ragione umana, poiché creature di Dio; alla base si posiziona il diritto umano, positivo, prodotto dal legislatore al fine di compiere il bene per gli uomini; se questo fine non dovesse essere raggiunto, il diritto risulterà corrotto e dunque, come visto in precedenza, il diritto ingiusto cessa di essere diritto.

Il secondo periodo del giusnaturalismo detto anche giusnaturalismo moderno, o giusrazionalismo, fonda la concezione di diritto non più sulla natura, ma sulla ragione: il diritto è il prodotto della ragione; questo passaggio alla razionalizzazione della legge è epocale e tutto il diritto preesistente viene reinterpretato alla luce della ragione umana. Il giusnaturalismo moderno nasce per esigenze storiche: in particolare quattro cambiamenti che fungono da fattori causali per la nascita del giusnaturalismo. Il giusnaturalismo moderno è composto dalle dottrine del diritto naturale che si affermano durante il Seicento e il Settecento, e nasce principalmente con tre scopi fondamentali: colmare le lacune che il diritto lascia riguardo ai casi non regolati; regolare le relazioni tra Stati, dando alla luce il diritto internazionale; regolare i rapporti governanti-governati, ponendo in essere il diritto costituzionale. Il diritto naturale non basta più, a causa di quattro eventi che hanno segnato il passaggio dal medioevo (giusnaturalismo antico) alla modernità (giusnaturalismo moderno).¹⁸

Il primo grande cambiamento e primo motivo della nascita del neogiusnaturalismo sono le scoperte geografiche: nel XV secolo si ampliarono i confini del mondo conosciuto grazie a innovazioni tecnologiche e cartografiche (bussola, ecc). I portoghesi, con Bartolomeo Diaz (1488) doppiarono l’Africa e dieci anni dopo Vasco De Gama raggiunse l’India. Gli spagnoli con Cristoforo Colombo, nel 1492, raggiunsero l’America centrale, successivamente con Amerigo Vespucci conquistarono l’America meridionale. La creazione degli imperi coloniali europei portò allo sterminio delle popolazioni amerinde, sia per le malattie che per lo sfruttamento nelle piantagioni da parte dei coloni.¹⁹ “L’incontro-scontro”, come lo

¹⁸ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

¹⁹ S. Zaninelli, C. Cristiani, *Attraverso i secoli dall’anno Mille al Seicento*, Bergamo, Atlas, 2016

definisce Barberis, con i popoli indigenti, i nativi americani, porta a scoprire che il diritto naturale antico non è universale e non può certo derivare dalla natura delle cose. Si osserva che le nuove popolazioni non riconoscono i principi validi per i *conquistadores* europei, i popoli europei avevano elaborato una serie di norme valide nel continente, presupponendo che queste fossero riconosciute da tutti gli uomini in quanto tali. Ma nel caso degli Indios, i popoli delle Americhe, gli europei constatano che il diritto non era universale. Questo porta alla scoperta del relativismo culturale: i principi primi e i valori morali validi si ricavano dalla ragione umana, dalla tradizione, dagli usi e costumi di un popolo. La ragione permette di dedurre il diritto naturale, gli uomini sono dunque titolari di diritti naturali che sono “situazioni soggettive favorevoli spettanti a ogni uomo in quanto tale”²⁰, grazie alla loro razionalità.

Il secondo grande mutamento è la fine dell’unità religiosa nell’Occidente, cominciando dalla Riforma protestante che divide il cristianesimo in occidente, con la figura di Martin Lutero che si schiera contro la Chiesa cristiana cattolica di Roma. Martin Luter, monaco agostiniano e dottore in teologia, contesta la corruzione e gli abusi della Chiesa di Roma affiggendo alle porte del Duomo di Wittenberg nel 1517 un testo con 95 tesi in cui esprimeva una profonda critica nei confronti della vendita delle indulgenze, attuata da Papa Leone X per raccogliere denaro in cambio della salvezza dell’anima. Per questo Lutero viene scomunicato dal Papa e bandito dall’impero si nascose nel castello del Principe di Sassonia, Federico il Saggio, dove tradusse la Bibbia in lingua tedesca ed elaborò una nuova dottrina che aveva tre principi fondamentali: la predestinazione, la negazione della Chiesa come intermediari tra Dio e gli uomini e la libera interpretazione delle Scritture. La dottrina protestante di Martin Lutero ha un grande successo, non solo in Germania ma anche in tutta Europa, per cui malgrado i tentativi di riconciliazione proposti dalla Chiesa anche attraverso il Concilio di Trento (1545-1563), lo scisma religioso rimarrà tale nei secoli. Questo scisma comporta due grandi conseguenze di natura politica, le guerre civili di religione: non si può più sostenere che il diritto naturale sia fondato sulla sola autorità divina; la conseguenza di natura giuridica è proprio

²⁰ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

la nascita del giusrazionalismo, che fonda il suo diritto sulla ragione. Lo stesso giusrazionalismo si suddivide in due correnti: razionalista e volontarista: la prima corrente, il cui esponente principale è Grozio (1583-1645), prevede che il diritto si imponga anche a Dio, e non necessita della scrittura; e la seconda, il cui iniziatore è Hobbes (1588-1689) e massimo esponente Pufendorf (1632-1694), vede il diritto razionale come volontà arbitraria di Dio, che resta ignota se non viene tradotta.

Il terzo grande mutamento è la fine dell'unità politica del mondo occidentale, il tramonto dell'Impero universale di origine romana e poi tedesca, e la nascita degli Stati nazionali; tramonta l'idea per cui l'uomo sia di natura propria un animale sociale. Il 1600 dal punto di vista politico fu caratterizzato da nuove forme di governo; nasce lo stato moderno, "forma di organizzazione politica, caratterizzata dall'esistenza di un ente sovrano (Stato), dotato di personalità giuridica, che esercita su un dato territorio un potere eminente (sovranità), disponendo del monopolio dell'uso legittimo della forza".²¹ Pertanto i tre caratteri tipici dello stato moderno risultano essere la territorialità, costituzione di un esercito e l'apparato burocratico, che si declinano sotto forma di monarchia costituzionale in Inghilterra e monarchia assoluta in Francia. Per quanto riguarda il primo Stati, l'Inghilterra, dopo la guerra civile e la condanna a morte del re Carlo I d'Inghilterra (1649), si giunge alla Gloriosa Rivoluzione dove la corona inglese passa a Guglielmo III d'Orange, che diventa il nuovo re. Il suo potere viene limitato e subordinato al rispetto del Bill of Rights, Dichiarazione dei diritti (1689), per cui nasce il primo stato moderno parlamentare e costituzionale, liberale e democratico. Riguardo il secondo stato nazionale, la Francia, s'instaura l'assolutismo²² di Luigi XIV, detto Re Sole (1642-1715), che governò in modo assoluto, sviluppando l'economia e realizzando una politica estera di conquista. Con la nascita degli Stati nazionali, dunque, si impone l'idea che lo stato è un artificio e non un ente naturalmente esistente, ma un'associazione di uomini che si forma storicamente e questo avviene in due fasi

²¹ Def. Treccani, https://www.treccani.it/enciclopedia/stato-moderno_%28Dizionario-di-Storia

²² Assolutismo deriva dal latino *ab-solutus*, "sciolto da", che in questo caso significa chi detiene il potere assoluto è sciolto dall'obbligo di rispettare qualsiasi legge, o meglio, si trova al di sopra della legge poiché è lui a stabilirla. Def. liberamente presa da S. Zaninelli, C. Cristiani, *Attraverso i secoli dall'anno Mille al Seicento*, Bergamo, Atlas, 2016

distinte: lo stato di natura e lo stato di società. Nello stato di natura (come vedremo poi con Grozio), l'uomo è considerato un essere sociale per natura e vive senza uno Stato politico che vigila sui suoi diritti naturali, che sono a lui attribuiti dal diritto razionale, e che dunque non possono essere difesi in caso di abuso o attacco da parte di un individuo più forte. Da questo stato di natura, in cui si presuppone che l'uomo abbia dei principi razionali che descrivano i comportamenti per preservare la convivenza gli individui sentono la necessità di uscire in quanto l'uomo è di natura bellicosa e non ci può essere un'antropologia positiva.²³ Questa è una visione che non rispetta la realtà dei fatti, la natura umana non è positiva e senza uno Stato, senza un contratto sociale che prevede la garanzia dei diritti naturali dell'uomo, gli individui sono portati a farsi la guerra. C'è dunque la necessità di uscire dallo stato di natura per entrare nello stato di società, facendo un "patto di unione fra loro (fra gli individui) e un patto di soggezione nei confronti di un sovrano"²⁴ che proteggerà i loro diritti.

Il quarto cambiamento, che spiega la nascita del giusrazionalismo, sono le scoperte scientifiche: il 1600 viene definito il secolo della rivoluzione scientifica. Venne teorizzato il metodo sperimentale (osservazione, ipotesi e verifica), formulato per la prima volta da Cartesio (1596-1650), nell'opera "Discorso sul metodo" (1637), continuato da Bacone (1561-1626) e poi perfezionato da Galileo Galilei (1564-1642), che nell'opera "Il Saggiatore" afferma che è possibile studiare la natura,

²³ Il concetto di antropologia negativa in Hobbes indica: "una concezione della natura umana che attribuisce all'uomo una malvagità radicale, un'indole tale da giustificare la costante azione di istituzioni repressive per prevenire il potere distruttivo". M. Maurizi, *L'antropologia negativa in Th.W. Adorno tra teologia e scienza sociale*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica* Vol. 94, No. 1 (Gennaio-Marzo 2002), di Vita e Pensiero – Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

Il concetto di antropologia positiva è così descritto da Locke, in evidente polemica con Hobbes: "Lo stato di natura non è, di per sé, uno stato di guerra. Abbiamo chiara la differenza fra lo stato di natura e lo stato di guerra, i quali, per quanto taluni li abbiano confusi sono così distanti come lo sono fra loro uno stato di pace, benevolenza, assistenza e conservazione reciproca e uno stato di ostilità, malvagità, violenza e reciproca distruzione. Uomini che vivono insieme secondo ragione, senza un superiore comune sulla terra, che abbia autorità a giudicare fra di loro: questo è propriamente lo stato di natura. [...]". Dunque, un'antropologia positiva è una concezione di natura umana che attribuisce all'uomo la capacità di convivere pacificamente. Locke, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Utet 2010

²⁴ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

utilizzando il metodo scientifico perché essa è costituita da leggi matematiche. Altri studiosi danno un grande contributo alla scienza, come Niccolò Copernico (1473-1543) con la scoperta che la Terra ruota attorno al sole (eliocentrismo) e ancora con la forza di gravità scoperta da Isaac Newton (1643-1727). Furono inventati nuovi strumenti che utilizzano il metodo sperimentale come metodo scientifico, un esempio significativo è il cannocchiale, inventato in Olanda con il contributo di Galileo per effettuare le più importanti osservazioni astronomiche. Le nuove scoperte astronomiche scatenano una percezione infinita dell'universo, in cui la Terra e l'uomo sono un elemento microscopico. La fiducia nella ragione umana e nel metodo scientifico influenza in modo decisivo la filosofia del diritto del 1600. I giusrazionalisti cercano nell'uomo stesso e nella sua ragione i valori che non trovano più nella natura delle cose. Si sgretola l'immagine di un mondo finito dove ognuno ha il suo posto e si viene a creare l'idea di un cosmo infinito, in continua evoluzione, e dove si cercano risposte attraverso il metodo scientifico, nelle leggi matematiche.

Pertanto, questi quattro mutamenti storico-culturali del 1600 danno origine ad una svolta epocale nell'ambito della filosofia del diritto che dà origine al giusrazionalismo, o giusnaturalismo moderno.

Ugo Grozio

Il giusrazionalismo prevede una lunga serie di attori e mi limiterò a trattarne brevemente due: Ugo Grozio, definito padre fondatore del giusnaturalismo moderno, che si inserisce all'interno della corrente razionalista e Thomas Hobbes, con il quale comincia il giusnaturalismo moderno volontarista.²⁵

Huig Van der Groot nasce a Delft (Paesi Bassi) il 16 aprile del 1583. Fu un giurista, un filosofo, un politico e filologo olandese. La tesi sostenuta da Grozio riguardo al diritto è che esso si fonda sulla razionalità, il diritto naturale razionale è dunque il mezzo grazie al quale si preserva la convivenza pacifica tra gli uomini. Lo

²⁵ T. Cadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019

strumento per distinguere la giustizia e l'ingiustizia è espresso con la ragione, che assume un ruolo talmente fondamentale da sottomettere anche la volontà divina; infatti, Dio non può modificare la razionalità del diritto di natura. Per usare le parole dell'autore: "Il diritto naturale è immutabile, al punto che non può essere modificato neppure da Dio. Come neppure Dio può far sì che ciò che per intrinseca essenza è male non sia male".²⁶ È sostenitore di un'antropologia positiva e ritiene che gli individui siano in grado di convivere pacificamente all'interno dello stato di natura, essendo per natura rispettosi dei diritti naturali. Il contratto sociale non è posto come base della convivenza tra gli uomini infatti: "Il contratto è qualcosa di più che la promessa. La promessa ha certo la conseguenza che è improprio ottemperare ciò che è stato promesso, ma non conferisce all'altra parte alcun diritto di accettare lo stesso. La ragione di questo consiste nel fatto che l'uomo ha libera disposizione sui propri atti: poiché proprio il potere che un uomo ha sulla sua proprietà, sia sulla proprietà completa che nella proprietà incompleta, lo rende capace di rendere un altro proprietario per consegna o assenso tacito, così un uomo può trasferire a un altro che accetta una porzione, o piuttosto una conseguenza, della sua libertà, cosicché l'altro acquisisce un diritto su di essa, diritto che viene definito personale o *ius in personam*."²⁷ È dunque il diritto naturale razionale che pone la proprietà privata alla base della convivenza pacifica tra individui. Ed è di conseguenza la ragione che fa sì che gli uomini non rubino, non tradiscano le promesse, ecc. Necessario è sottolineare il ruolo dello Stato, al quale gli individui decidono di obbedire e al quale si affidano per l'applicazione del diritto naturale, nonostante sia libero da qualsiasi vincolo; infatti, non si ha garanzia contro l'arbitrio del sovrano. Ma se lo Stato dovesse violare l'impegno che ha preso dagli usi comuni alle persone, allora Grozio accetta la visione della guerra giusta, che comunque deve rispettare sempre determinate norme riguardo la limitazione della violenza. Grozio, dopo aver assistito alle violenze della guerra di religione, denuncia che: "nel mondo cristiano le guerre si conducono con una mancanza di freni vergognosa perfino per i popoli barbari; per futili motivi si ricorre alle armi, una volta prese le quali viene

²⁶ Ibidem

²⁷ U. Grozio, *De iure belli ac pacis* (1625)

meno ogni rispetto per il diritto divino e umano”.²⁸ La tesi sostenuta da Grozio, riguardo la giuridicizzazione della guerra, lo pone come capostipite del diritto internazionale moderno. Infatti nella sua opera principale “*De iure belli ac pacis*” (1625), egli fonda il diritto internazionale, che prima non esisteva, e che ora diventa indispensabile a causa delle scoperte geografiche tra 1500 e 1600 che ampliano i rapporti internazionali, dilatando i confini europei; pertanto è necessaria la razionalizzazione delle relazioni tra stati, in particolare durante gli eventi bellici durante i quali l’autore auspica che vengano rispettate “norme che assicurino una limitazione di una violenza bellica”, *ius in bello*²⁹. Quest’idea di Grozio è ancor’oggi tragicamente attuale.

Thomas Hobbes

Il secondo autore considerato iniziatore del giusnaturalismo volontarista è Thomas Hobbes. L’autore ritiene che il diritto individuale possa portare ad uno stato di anarchia, contrariamente a Grozio che, ponendosi all’inizio dell’individualismo moderno, ritiene il diritto soggettivo, ossia definito anche dalle qualità morali di un individuo e non ritiene che il diritto individuale non possa portare ad uno stato di anarchia, ma che il conflitto sarebbe generato dall’uso malvagio della ragione.

Hobbes nasce a Westport in Inghilterra (1588-1679), è ricordato principalmente per la sua opera più importante: *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (il *Leviatano, o la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*), generalmente abbreviato come *Leviatano*. È un contrattualista, ritiene indispensabile il passaggio dallo stato di natura alla società politica, poiché lo stato di natura in Hobbes è terribile (antropologia negativa): è una guerra di tutti contro tutti, *homo homini lupus*³⁰, per cui l’individuo è caratterizzato dalla paura della morte. Nello stato di natura gli uomini sono tutti

²⁸ T. Cadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019

²⁹ Ibidem

³⁰ T. Hobbes, *Leviathan*, (1651)

uguali (le disuguaglianze sono frutto della società) e tutti allo stesso modo hanno la volontà di farsi del male, mirando all'ideale dell'autoconservazione. L'uguaglianza nello stato di natura, basata sulla paura della morte, viene trasferita anche nella società politica, perché tutti gli individui sono sottoposti alla legge, indipendentemente da chi siano e perché hanno tutti la stessa posizione davanti al sovrano: "Una nozione di sovranità innanzi alla quale le differenze cessano di essere rilevanti".³¹ Essendo uomini razionali, per aver salva la vita, prendono la decisione di creare uno stato di diritto, in cui si dà ad un sovrano il potere, (quasi) assoluto, e la responsabilità di fare da garante per la conservazione della vita umana. La paura è l'emozione che accompagna gli uomini sia nello stato di natura, paura di perdere la vita per mano di un'altra persona, sia nello stato di diritto, dove c'è la paura per il sovrano per cui egli viene obbedito. Potrebbe sembrare che la figura del sovrano sia assoluta e con un potere illimitato, ma quest'affermazione è solo parzialmente vera. È vero che gli uomini uscendo dallo stato di natura, da un contesto bellicoso e ricercando la pace tra loro, riconoscono nel sovrano una figura che accetta di ricevere tutti i diritti degli uomini, mantenendo i propri. È un potere che nasce dal consenso tra i cittadini che, come abbiamo detto prima, riconoscono lo stato di diritto come la soluzione migliore per avere salva la vita. Lo Stato che si viene a creare, dunque, lo possiamo definire come una forma di assolutismo politico nella quale il sovrano è legge. Ma anche il sovrano ha un limite: il suo potere è esterno, non incide nella sfera interna dell'individuo. Infatti, il sovrano non ha autorità sui pensieri, opinioni, valori degli individui, ma solo sui loro comportamenti esterni: gli individui, istituendo il sovrano tramite il contratto sociale, non condividono dei valori, che possono essere diversi da individuo a individuo, poiché il sovrano ha autorità solo in ambito esterno e prevede un conformismo assoluto a determinati comportamenti, ma non pone sotto la sua giurisdizione i pensieri e opinioni individuali.

³¹ Ibidem

Gustav Radbruch

Gustav Radbruch (1878-1949) è un filosofo a cui il neogiusnaturalismo tedesco è debitore. Dopo Auschwitz anche il giusnaturalismo è rinato con il neogiusnaturalismo. Quando i campi di sterminio tedeschi vennero attribuiti al giuspositivismo per le ragioni che abbiamo già sottolineato, avvenne un fenomeno particolare: alcuni autori giuspositivisti si convertirono al giusnaturalismo.³²

Radbruch fu un filosofo tedesco del diritto e giurista giuspositivista, nato a Lubeca nel 1878 e morto a Heideberg nel 1949. Partecipò alla vita politica precedente alla Seconda guerra mondiale e fu un ministro socialista della giustizia in Germania. Fu anche un insegnante di materie giuridiche e poi di filosofia in varie università, finché non fu sospeso dal suo incarico a causa delle sue idee antinaziste. Dopo l'accusa al positivismo giuridico di essere responsabile di aver giustificato i crimini nazisti a causa dell'idea che al diritto si debba comunque obbedire, Radbruch corregge la propria visione di diritto giuspositivista su un punto: il diritto ingiusto è pur sempre diritto e va obbedito, ma nei limiti della tollerabilità, secondo l'autore, ad eccezione che la relazione tra la norma e la giustizia non superi un certo livello di intollerabilità e dunque "a meno che il contrasto tra la legge positiva e la giustizia giunga a un tale grado di intollerabilità"³³. Si delinea così la formula di Radbruch, la formula dell'estrema ingiustizia, secondo la quale il diritto va rispettato a meno che non sia estremamente ingiusto: "Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadeguato, a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così intollerabile, da far sì che la legge, quale 'diritto ingiusto' debba cedere alla giustizia", spiega l'autore³⁴.

³² Fonte: <https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/excerpt/9788834818343.pdf>

³³ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sopra legale* (1946), A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2013

³⁴ *Ibidem*

Questa formula di Radbruch è una formula ritenuta vaga anche dallo stesso autore, nonostante sia fondamentale perché elimina l'unico atto di difesa contro le imputazioni su cui i ventun gerarchi nazisti, che furono processati a Norimberga nel 1945-1946, si basavano e si difendevano. Infatti, all'accusa di aver compiuto crimini di guerra e crimini contro l'umanità, massacrando circa sei milioni di ebrei nel quadro della "soluzione finale del problema ebraico"³⁵, essi rispondevano di aver semplicemente obbedito al diritto, agli ordini che erano stati impartiti. Malgrado le azioni fossero mostruose "chi le fece era pressoché normale, né demoniaco né mostruoso" semplicemente un piccolo grigio burocrate, osservante dei comandi dati dai superiori³⁶. La formula di Radbruch, nonostante la giustizia sia soggettiva e altrettanto lo è la sua intollerabilità o l'idea dell'ingiustizia estrema, chiarisce il fatto che il diritto nazista era talmente ingiusto da non poter essere considerato diritto, e che quindi non andava obbedito. Questa è una sfida che il giuspositivismo giuridico si è trovato ad affrontare e alla quale ha risposto, come abbiamo visto, con il giuspositivismo metodologico che implica il diritto ingiusto come diritto, ma non pone come conseguenza diretta la sua obbedienza, come invece aveva espresso il giuspositivismo ideologico.

Realismo giuridico

Il giuspositivismo, dopo i crimini nazisti commessi, viene criticato anche dal realismo giuridico, che è una forma radicale del giuspositivismo metodologico. Il realismo giuridico è una teoria anti-formalista, che nasce principalmente come critica al giuspositivismo teorico. Le scuole del realismo giuridico sono due: il realismo giuridico scandinavo e il realismo giuridico statunitense. Nel realismo giuridico si possono distinguere tre tesi: la teoria della separabilità, che prevede una

³⁵ Soluzione finale intesa come l'eliminazione fisica con metodo scientifico di tutti gli Ebrei in territorio tedesco ed europeo, liberamente preso da H. Arendt, *La banalità del male* (1963), Milano, Feltrinelli, 2022

H. Arendt (1906-1975), filosofa tedesca allieva di Heidegger e Jaspers, emigrata dal 1933 in Francia e poi negli Stati Uniti, a causa delle persecuzioni ebraiche. Ha assistito al processo di Eichmann a Gerusalemme, essendo corrispondente del giornale "The New Yorker", Stati Uniti

³⁶ *Ibidem*

connessione contingente tra il diritto e la morale; il soggettivismo etico, che non prevede l'esistenza di valori oggettivamente giusti, ingiusti o falsi, veri; lo scetticismo interpretativo, che sostiene la difficoltà di ogni caso e dunque le disposizioni giuridiche con più norme e significati.

Nella prima tesi del giusrealismo, la tesi della separabilità, si nota una netta somiglianza col giuspositivismo anche se è ben più radicale di quella giuspositivista; infatti, il giusrealismo è la tesi che più di tutte distingue il diritto dalla morale, in quanto sia “empiricamente separati” che “analiticamente separabili”³⁷. Anche nella seconda tesi, del soggettivismo etico, la differenza con il Giuspositivismo è il grado di soggettivismo. Secondo il giusrealismo non si parla unicamente di soggettivismo, bensì anche di emotivismo, ossia il bene e il male sono considerati sentimenti. Dunque, nulla a che fare con l'oggettivismo giusnaturalista e comunque diverso dal semplice soggettivismo etico dei giuspositivisti del Novecento, poiché si tratta di un soggettivismo etico radicale. La terza tesi è la sola che distingue nettamente il giusrealismo dal giuspositivismo: lo scetticismo interpretativo, che prevede nel diritto solo casi difficili e dunque disposizioni con diversi significati e norme. Anche il giusrealismo può essere analizzato dai tre punti di vista: teorico, metodologico e ideologico. Il realismo teorico prevede un metodo scientifico per lo studio del diritto e pone in rilievo il problema dell'interpretazione. Il realismo metodologico distingue i giudizi di valore e i giudizi di fatto, che devono rimanere assolutamente separati. Infatti, il realismo giuridico non nega i giudizi di valore, ma li mantiene distanti dai giudizi di fatto. È una palese critica al principio di avalutatività dei giuspositivisti; il realismo, dunque, prevede una radicalizzazione di questo principio. Per principio di avalutatività s'intende l'approccio dei giuspositivisti dell'Ottocento per cui si studia il diritto com'è e non come dovrebbe essere e non sono ammesse dunque valutazioni di alcun tipo. In ultima istanza viene analizzato il realismo giuridico come ideologico. Il realismo giuridico avendo un punto di vista emotivo non dà credito ai discorsi normativi, tacciandoli come emozioni personali.

³⁷ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

Il realismo giuridico comprende molti autori, prenderò come esempio gli esponenti principali delle due correnti statunitense e scandinava, rispettivamente Oliver Wendell Holmes e Alf Ross. Il pensiero americano prende corpo tra il XIX e XX secolo.

Holmes (1841-1935) ha una visione del diritto come fatto sociale, una visione pragmatica: “la vita del diritto non è logica: è frutto di esperienza. I bisogni del tempo, la morale prevalente e le teorie politiche, le intuizioni relative alle questioni pubbliche, coscienti o incoscienti che siano, ed anche i pregiudizi dei giudici, hanno avuto più influenza sull’individuazione delle regole attraverso cui gli uomini vengono governati, di quanta ne abbia avuto il sillogismo”.³⁸ Il diritto, dunque, è composto da fatti sociali, dall’esperienza più che dalla logica ed è anti formalista, ossia considera la legge in azione, *law in action*, invece che come *law in books*, ossia una legge semplicemente scritta, consistente in logiche elaborazioni sofisticate. Le norme non sono comandi, come nell’imperativismo o nel normativismo, ma sono degli strumenti per lo studio del diritto, sono previsione di ciò che i tribunali potrebbero fare. Questa concezione del diritto mina la certezza stessa del diritto, che era alla base del positivismo giuridico: “Forse una delle ragioni per cui ai giudici non piace discutere di questioni politiche (...) sta nel fatto che nel momento in cui si abbandona il sentiero della mera deduzione logica si perde al contempo l’illusione della certezza che rende il ragionamento giuridico simile alla matematica. Ma la certezza è solo un’illusione.”³⁹ Essere realisti significa conoscere ciò che accade realmente, quali siano i fatti concreti oltre gli ideali. Essere focalizzato sul concreto implica una concezione del realismo giuridico chiamata quella dell’“uomo cattivo”: l’individuo è interessato a conoscere i comportamenti e le azioni che se messe in atto lo condannerebbero a delle sanzioni dannose per lui (prigione, multa, ecc.), il resto non interessa all’uomo, perché non ha delle ricadute oggettive sulla sua persona.⁴⁰

³⁸ O. W. Holmes, *The Common Law*, 1881, Boston, M. D. Howe ed. Little Brown and Co., 1963

³⁹ O. W. Holmes, *Privilege, Malice and Intent*, in *Harvard Law Review*, 1894

⁴⁰ O. W. Holmes, *The Path of Law*, in *Harvard Law Review*, 1897

Alf Ross

Esponente del realismo scandinavo è Alf Ross (1899-1979), allievo di Kelsen, fu un filosofo del diritto, giurista e cronista. Non si distanzia dai giuristi americani riguardo al ruolo fondamentale e centrale del giudice, e si può capire molto chiaramente dalle sue parole in un passo di *Credo*, saggio pubblicato nel 1974: “Io credo fermamente nella giustizia come virtù del giudice, in altre parole come disponibilità ad una equa, ben fondata e imparziale valutazione dei conflitti in applicazione di regole e principi presupposti. E “giudice” è ognuno di noi ogni giorno nella convivenza con gli altri uomini nel momento in cui avanziamo richieste oppure quando avanziamo rimproveri contro di loro. La giustizia è l’esigenza secondo la quale noi, in determinate situazioni, non pensiamo soltanto come una parte, ma anche come giudici, e lo facciamo in modo equo, onesto ed obiettivo. In questa accezione la giustizia è un ideale, non nel cielo blu. Ci si può allenare per onorarla. Essa è l’ideale professionale dei giuristi”.⁴¹ Con la centralità della figura del giudice Ross esprime l’importanza del soggettivismo giuridico, ovvero che la giustizia sia una virtù personale del giudice. L’autore sostiene la soggettività del diritto, e non la sua oggettività, essendo il diritto espressione di “fatti psichici” (ragionamenti, pensieri e deduzioni), visti come reali. Il realismo scandinavo di Ross, invece, si distingue dal realismo americano per quanto concerne l’anti normatività; infatti, i realisti scandinavi sono normativisti, ovvero le norme giuridiche hanno un ruolo importante, al contrario dei realisti americani che non riconoscono un ruolo fondamentale alle norme poiché sono i giudici che stabiliscono i contenuti delle norme con estrema soggettività.

Inoltre, Ross distingue tra la fonte del diritto e il significato, in quanto afferma che la fonte del diritto non sia sufficiente per determinare la validità di una norma. Per spiegare questo concetto propone l’esempio del gioco degli scacchi: se si ipotizza la situazione in cui un individuo si pone come osservatore ad una partita di scacchi egli, se non conoscesse le regole del gioco, non distinguerebbe le azioni degli individui come appunto mosse logiche le quali si basano su regole, ma semplicemente vedrebbe due persone che muovono in maniera casuale i pezzi degli

⁴¹ A. Ross, *Credo* (1974), in *Democrazia, potere e diritto. Contributo al dibattito odierno* (1974) trad. di A. Serpe, Torino, Giappichelli, 2016

scacchi. Da questa teoria, Ross mette evidenza una tesi molto simile al punto di vista interno di Hart: infatti i soggetti che riconoscono certe regole vincolanti, riescono ad osservare chi viola o meno determinate norme e che si discosta da un comportamento ritenuto abituale e giusto; al contrario (per tornare all'esempio dell'osservatore degli scacchi), uno che non riconosce queste norme non noterà neanche la violazione delle stesse. Dunque, Ross riporta la normatività al fatto, spiegandolo col gioco degli scacchi: "Nessuna azione fisico-biologica è considerata, di per sé stessa, una mossa degli scacchi. Essa acquista tale carattere solo ed esclusivamente come schema interpretativo (come schema di decodificazione) (...). I fenomeni degli scacchi diventano fenomeni degli scacchi solo quando sono posti in relazione con le norme degli scacchi".⁴²

Per determinare la validità della norma Ross fonda questo concetto sull'esistenza efficace della stessa, indipendentemente dal profilo formale della norma. La decisione del giudice non è arbitraria, ma voce di "una tendenza comune e socialmente determinata verso certune disposizioni normative"⁴³. Le norme di Ross vengono considerate quantitativamente e non qualitativamente come fa Kelsen, e dunque possono avere più o meno validità a seconda dell'influenza che hanno concretamente sui processi giudiziari. Importante sottolineare anche che la validità della norma è, secondo il ragionamento di Ross, il concreto comportamento dei giudici. Citando di nuovo il nostro autore: "Un sistema giuridico nazionale, considerato come sistema valido di norme, può essere quindi definito come le norme che sono effettivamente operanti nella mente del giudice perché da lui sono avvertite come socialmente vincolanti e perciò obbedite".⁴⁴

Tutte queste teorie filosofiche a partire dal giusnaturalismo antico dell'età greco-romana, fino al giusrealismo del XX hanno influenzato il pensiero di Herbert Hart (1907-1992), esponente del giuspositivismo analitico del Novecento, che si

⁴² A. Ross, *Law and Justice*, London, 1958

⁴³ T. Cadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2019

⁴⁴ A. Ross, *Law and Justice*, London, 1958

differenza dall'*analytical jurisprudence*, di tipo non-storico, concentrandosi invece sull'analisi del linguaggio.⁴⁵

⁴⁵ M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2011

Capitolo 2

Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart, filosofo e giurista inglese, nasce a Harrowgate il 18 luglio del 1907 e muore a Oxford il 19 dicembre 1992. Egli è ricordato come uno dei più importanti, autorevoli e degni di riconoscimento esponenti della filosofia del diritto del XX secolo. Si è laureato nel 1929 al New College in “Literae Humaniores”. Tra il 1932 e 1940 è stato avvocato a Londra. Dal 1940 al 1945 ha prestato servizio nel War Office. Successivamente nel 1945 è stato nominato *fellow* e *tutor* in filosofia al New College di Oxford. È stato insegnante presso il medesimo prestigioso college di Oxford dal 1952, con la cattedra di Jurisprudence.⁴⁶ Numerosi sono gli scritti di Herbert Hart e fondamentale è “Il concetto di diritto”, un’opera filosofica redatta nel 1961, che ha un peso decisivo negli anni Sessanta nel mondo anglosassone e non solo.

L’importanza di questo autore si evidenzia anche dal fatto che esiste, nella storia della filosofia del diritto, un prima di Hart ed un dopo Hart. Ne “Il concetto di diritto”, l’autore per una buona parte del libro, si sofferma a criticare quelle concezioni di diritto che mirano ad “assimilare troppo il diritto alla coercizione”; inoltre critica egualmente quelle concezioni di diritto che “tendono a ricondurre il diritto nell’ambito della morale”.⁴⁷ Nella prima parte del libro Hart propone una critica aperta a Jhon Austin, il quale riconduce la definizione di diritto ad un mero comando munito di sanzione, un comando che ha già intrinsecamente una pena o una punizione. Questo comando sanzionato è unicamente posto da un sovrano assoluto, ossia un sovrano che non obbedisce a nessuno, non risponde agli ordini di nessuno. Per Hart, invece, il diritto si compone di norme, che sono primarie, ossia norme che pongono degli obblighi, e norme secondarie, che attribuiscono dei poteri. Rispetto al comando posto dal sovrano, Hart pensa alla “norma di riconoscimento”, *rule of recognition*, che dà validità giuridica all’intero sistema giuridico e a tutte le

⁴⁶ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁴⁷ *Ibidem*

norme che ne fanno parte. Questa norma di riconoscimento è basata su una “questione empirica di fatto”.⁴⁸ Un'altra importante tesi sostenuta da Hart nel suo libro è, che si può ricollegare alla norma di riconoscimento, è la differenza tra punto di vista interno ed esterno relativo alle norme. Il punto di vista interno è il punto di vista di chi accetta la norma e la riconosce volontariamente come un modello di comportamento. Il punto di vista esterno, invece, è il punto di vista di chi si limita a rilevare le regolarità dei comportamenti. Nell'ultima parte del libro Hart si riferisce alla distinzione tra diritto e morale, sua è la tesi della separabilità. Nonostante ritenga necessaria la distinzione tra diritto e morale e sostiene che una legge è legge, anche se ingiusta, a patto che abbia alcune caratteristiche formali e non di contenuto, Hart ammette una limitata relazione tra i due (diritto e morale). In riferimento a questa relazione l'autore identifica un contenuto minimo comune sia alla morale che al diritto. Per completare il pensiero hartiano, nonostante sia difficilmente riassumibile in poche pagine, tratterò la teoria dell'interpretazione, la teoria mista o intermedia fra formalismo interpretativo e scetticismo interpretativo.

Herbert Hart cerca di rispondere alla domanda fondamentale della filosofia del diritto: “Che cos'è il diritto?”, quesito che ancora non ha una risposta definitiva. Aldo Schiavello⁴⁹, filosofo vivente, ritiene che Hart con la sua teoria del diritto non sia l'autore più appropriato per dare una risposta soddisfacente, poiché alla domanda che cosa sia il diritto, risponde con “elementi e procedure che lo compongono”⁵⁰. Più meritevole di attenzione sembra la risposta di Dworkin, che si sofferma a precisare il compito del teorico (dello “studioso di diritto”) che sarebbe quello di “spiegare le ragioni che spingono i cittadini a ubbidire”.⁵¹

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Aldo Schiavello, nato nel 1968 è un professore ordinario di Filosofia del diritto all'Università degli studi di Palermo. È autore di numerosi articoli e di libri come “Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin (1998)” o ancora “Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica (2004)”.

⁵⁰ Aldo Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, 1998, Giappichelli editore

⁵¹ Ibidem

Differenza tra modello del bandito austiniiano e ordine, secondo Hart

Per rispondere dunque alla domanda “Che cos’è il diritto”, Hart introduce tre problemi: differenze e somiglianze tra il diritto e gli ordini sostenuti da minacce; differenze tra obbligo morale e giuridico; definizione di norma. Definendo questi tre problemi Hart critica l’imperativismo ottocentesco di Austin e, vista la difficoltà di trattazione, l’autore non riesce a dare una risposta tale da fornire una definizione univoca.

John Austin, giurista e filosofo inglese (1790-1859), fu sostenitore della concezione di positivismo giuridico chiamata imperativismo, che si focalizza sul ruolo centrale del comando munito di sanzione. Egli analizza il concetto di diritto sulla base di comandi ed abitudini, e Hart critica questa concezione di diritto. La teoria imperativista, secondo Hart, sostiene che i provvedimenti giuridici sono ordini coercitivi, e prima di identificare gli errori della teoria austiniiana la analizza come meritevole di critica, ossia poiché ha la possibilità di insegnare qualcosa. Quindi inizialmente Hart distingue i motivi per cui il comando austiniiano sia diverso dall’ordine del bandito (metafora usata da Austin su cui ci siamo ampiamente soffermati) e successivamente ne identifica gli errori per cui la teoria imperativista è da accantonare, per sposare una nuova visione del diritto, introducendo la definizione di norma e creando così un ordinamento giuridico diverso, non più basato solo sul comando coercitivo, ma su norme sia primarie (prescrittive) che secondarie (norme che conferiscono anche poteri).⁵²

La teoria imperativista è fondata sulla coercizione e sul comando, e la risposta che Austin dà alla domanda “Che cos’è il diritto” è che il diritto sia un insieme di disposizioni viste come comandi. Chi comanda è il sovrano, il quale non deve prestare obbedienza a nessuno, e chi obbedisce è il suddito; in questa relazione si interpone la sanzione, altro elemento fondamentale, che è la minaccia con la quale il sovrano rafforza il proprio comando. La domanda alla quale Hart cerca di rispondere per analizzare e successivamente criticare l’imperativismo è se questa teoria del diritto sia equivalente al modello del bandito. Hart, riconoscendo le differenze tra l’ordinamento giuridico identificato da Austin e il modello del

⁵² Fonte: <https://www.mucchieditore.it/images/Extra/Prefazione.pdf>

bandito, mira a “garantire che la dottrina da noi considerata e criticata sia esposta nella sua forma più solida”⁵³, per cui anche Austin avrebbe potuto essere d’accordo.

In primo luogo, vi è una differenza tra l’ordine del bandito “faccia a faccia” con l’impiegato, di tipo individuale, e le direttive definite generali, cioè che hanno una dimensione di condotta generale e che si rivolgono e si applicano ad un largo numero di persone, le quali le riconoscono e si conformano. Austin parla di leggi “rivolte alla comunità”, che sono nettamente diverse rispetto al comando posto dal bandito all’impiegato riguardante unicamente un soggetto. Inoltre, le leggi emanate non comportano un’immediata obbedienza (come avviene col comando in una rapina), perché non sono sottoposte immediatamente all’attenzione dei cittadini. In secondo luogo, l’ordine del bandito è limitato nel tempo: proprio perché l’ordine richiede di essere eseguito immediatamente previa sanzione, non è una legge. La legge ha la caratteristica di essere permanente, cioè ha un’esistenza nel tempo, e quindi un ordine disobbedito porterà sempre ad una sanzione, ad una minaccia, non solo la prima volta che viene disatteso. Inoltre, è bene ricordare che la legge non scompare se non viene obbedita. In terzo luogo, una legge dell’ordinamento giuridico, si sottintende, creando così una “generale abitudine all’obbedienza”.⁵⁴ Aggiungendo queste caratteristiche al modello del bandito, Hart si avvicina alla concezione di legge penale sottolineando altri due elementi: supremazia e indipendenza, che afferiscono alla persona che dà ordini (il sovrano, il bandito, il legislatore), figura centrale per quanto concerne l’organizzazione politica e giuridica dei rapporti sociali. L’ordinamento giuridico di uno stato moderno è caratterizzato dalla supremazia sul territorio e dall’indipendenza dagli ordinamenti giuridici vigenti in altri stati. Infatti, secondo ragionamento di Austin, il sovrano deve essere “esternamente indipendente e internamente supremo”; e il diritto sarà costituito da ordini generali seguiti da minacce, generati dal sovrano nei confronti dei sudditi, tenuti ad obbedire.⁵⁵

⁵³ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ *Ibidem*

Dopo aver indicato le differenze che sussistono tra il comando posto dal bandito e l'ordinamento giuridico di uno stato, Hart presenta una serie di errori e obiezioni ad Austin e al suo semplice modello degli ordini coercitivi.

Critica di Hart ad Austin, errori e obiezioni

Mettendo a confronto le diverse tipologie di norma giuridica di un ordinamento moderno, ci si trova dinanzi ad una serie di norme che non coincidono con norme giuridiche che obbligano o ordinano qualcosa a qualcuno. Hart suddivide le obiezioni (sulla visione della teoria del diritto come mero insieme di ordini coattivi) in tre sottogruppi: il contenuto delle norme, la sfera di applicazione delle stesse e il modo della loro origine.

Per quanto riguarda la prima obiezione, Hart apre la sua riflessione trattando le norme di diritto penale e le norme che conferiscono potere legislativo, notando la loro radicale differenza e la loro somiglianza. La legge penale stabilisce degli obblighi, definisce dei comportamenti che gli individui sono tenuti a compiere o ad evitare; la sanzione o la pena, invece, è necessaria al fine di evitare che coloro a cui è rivolta la norma disubbidiscano. La legge che conferisce potere è un mezzo per creare degli obblighi. Nonostante le differenze che sussistono tra queste due tipologie di norme, Hart sottolinea anche delle analogie che le accomunano, riconoscendo tre argomentazioni in merito al tentativo di mostrare l'identità tra le due tipologie di norme e la loro coattività: la nullità come sanzione; le norme che conferiscono poteri come frammento di norme giuridiche; e la distorsione come prezzo da pagare dell'uniformità. Il primo argomento, ossia la nullità come sanzione, prevede che l'ordine diventi nullo ed inefficace nel momento in cui i criteri dettati dalla norma stessa non vengano rispettati. Hart allarga il significato di sanzione per comprendere nella definizione anche la nullità, che diventa un motivo di obbedienza alla norma. Nel secondo argomento l'autore si sofferma sulle "norme che conferiscono poteri come frammento di norme giuridiche"⁵⁶. Sostenuta da Kelsen in primis, questa argomentazione ritiene che siano norme giuridiche solo

⁵⁶ Ibidem

quelle norme che hanno al loro interno la sanzione: “il diritto è la norma primaria che stabilisce la sanzione”⁵⁷, se c’è la sanzione è diritto. Questa concezione si allontana dalla prima argomentazione perché il diritto non è considerato come un insieme di ordini coercitivi che prevedono la minaccia, la sanzione o la pena nel momento della disobbedienza, ma vedono il diritto come obbligo imposto ai funzionari affinché applichino la sanzione. Questa argomentazione si riferisce alle norme che conferiscono obblighi come a norme frammentarie, ossia norme incomplete facenti parti di una “macro norma” che abbia la sanzione come criterio. Così facendo si riduce la definizione di diritto, togliendo lo status di norma giuridica alla norma che conferisce poteri. Questa argomentazione si scioglie come neve al sole nel momento in cui si riconosce che il diritto esiste anche senza sanzione, come afferma Hart. La terza argomentazione, della distorsione come prezzo da pagare dell’uniformità, è una conseguenza della seconda argomentazione. Difatti, riducendo le norme che conferiscono poteri a meri frammenti di norme coercitive, si arriva a rendere oscura la legge. Per spiegare questo terzo argomento riporto l’esempio usato da Hart: “Uno studioso potrebbe considerare le norme di un gioco come norme che ordinano ai legislatori un determinato comportamento in risposta ad un determinato atto. Così facendo si perde la regola come guida (per i giocatori) per giungere ad uno scopo, un’attività, e rende oscura la loro funzione, riducendole a complesse direttive per i funzionari. Quindi se consideriamo queste norme come frammenti di norme allora rendiamo oscura la legge”.⁵⁸

La seconda obiezione è l’ambito di applicazione della norma. Infatti, l’ordine sostenuto da minacce è rivolto esclusivamente ad altre persone diverse da chi sta affermando l’obbligo. Nella legge penale l’ambito di applicazione è diverso, infatti ci sono leggi che prevedono obblighi anche nei confronti degli autori della stessa legge (auto vincolante).

Nella terza obiezione si parla del modo di origine che ha come oggetto quelle norme che sono state emanate, cioè sono giuridiche perché nascono da un “deliberato atto

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ Ibidem

creativo”.⁵⁹ La consuetudine si scontra con questa definizione; infatti, nell’ordinamento moderno la consuetudine non ha giuridicità finché non viene applicata dai tribunali.

Queste tre obiezioni che Hart muove ad Austin in ambito della visione di ordinamento giuridico come mero insieme di ordini coattivi, evidenzia come la filosofia di Hart sia un’elaborazione migliorativa anche dei principi di Austin.

Ordinamento giuridico hartiano: norme primarie e secondarie

Hart critica la concezione austriana, definendo il concetto di norma e “alla concezione del diritto come insieme di comandi o di ordini coattivi, che non riesce a distinguere il fenomeno giuridico dalla mera coercizione, egli (Hart) sostituisce la teoria del diritto come unione di norme primarie che impongono obblighi, e di norme secondarie, che attribuiscono poteri (...)”.⁶⁰

L’autore ribadisce il fallimento della teoria austriana il cui motivo principale è l’assenza della nozione di norma. Le norme, secondo Hart, sono di due tipi: primarie, che impongono obblighi, che prescrivono ai cittadini cosa fare o cosa astenersi dal fare; e le norme secondarie, che conferiscono poteri, le quali hanno lo scopo di introdurre, modificare o abrogare norme ed istituire legislatori e giudici che produrranno norme primarie. Hart sostiene che il punto di partenza della teoria imperativista di Austin era corretto; infatti, il diritto rende il comportamento degli individui obbligatorio e non volontario. Quello che l’autore imperativista trascurava sono gli aspetti psicologici di una persona rispetto all’obbligo. Ritornando all’esempio del bandito, la vittima non sarebbe obbligata se la minaccia non fosse pericolosa, se fosse insignificante e se l’oppressore non fosse intenzionato ad attuare la minaccia. Austin ritiene come degno di attenzione solo la probabilità che la persona segua l’obbligo impostole, in base alla sofferenza che causerebbe la disobbedienza. Hart non accetta la visione della predizione, cioè non accetta che si definisca il concetto di obbligo sulla probabilità che alla disobbedienza segua la minaccia.

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

La concezione della probabilità si può collegare ad un altro punto fondamentale nella filosofia del diritto di Hart: il punto di vista. Secondo l'autore ci sono due punti di vista: punto di vista esterno e il punto di vista interno. Il punto di vista esterno (estremo) è quello dell'osservatore che non riconosce la norma, ma solo la sua regolarità e la sua prevedibilità, come afferma anche Kelsen; il punto di vista interno è quello del partecipante alla pratica del diritto, che si conforma alla norma e la segue. Per Hart il diritto si può conoscere mediante il punto di vista interno, o mediante il punto di vista esterno (moderato) ossia dell'osservatore "che si mette nei panni" del partecipante. Dunque, una visione di un ordinamento giuridico fondato solo su norme primarie, come vuole Austin, non è plausibile e Hart evidenzia tre ostacoli che sono insuperabili senza l'introduzione di norme secondarie. In primo luogo, se dovessero sorgere dei dubbi riguardo alla norma, non ci sarebbe modo di chiarirli (incertezza); in secondo luogo non c'è possibilità di mutamento, abrogazione, introduzione di nuove norme, perché fanno parte del gruppo delle norme secondarie (staticità); in terzo luogo non c'è modo di affrontare un conflitto in maniera decisiva perché non esiste un organo superiore che possa accertare la violazione (inefficienza). A questi tre difetti Hart trova la soluzione nelle norme secondarie, che sono quelle norme che si riferiscono alle primarie (Kelsen le definisce parassitarie rispetto alle norme primarie) e le quali forniscono gli strumenti per risolvere questi problemi. L'autore individua tre norme secondarie, che rispettivamente rispondono ai tre problemi (incertezza, staticità e inefficienza): norme di riconoscimento, norme di mutamento e norme di giudizio. La prima norma secondaria, cioè la norma di riconoscimento, è quella norma che dà autorità alle altre leggi, specificando che se una norma ha determinate caratteristiche specifiche, allora può essere definita norma giuridica per un gruppo sociale. La norma di mutamento risponde al problema della staticità, introducendo la possibilità di emanazione di nuove norme, di modifica e/o abrogazione. La norma di giudizio che contrasta il difetto di inefficienza dà la possibilità agli individui competenti di risolvere i conflitti, norme sulla sanzione, danno ai giudici la possibilità di sanzionare in caso di violazione delle norme.

Successivamente Hart tratta l'abitudine all'obbedienza e il ruolo del sovrano che è sopra alla legge, e critica Austin affermando che "il fondamento di un ordinamento

giuridico non consiste in una generica abitudine all'obbedienza a un sovrano giuridicamente illimitato, ma in una norma definitiva di riconoscimento che stabilisce dei criteri per l'individuazione delle norme valide dell'ordinamento" e segue dicendo che "dire che una data norma è valida significa riconoscere che essa ha superato tutte le prove stabilite dalla norma di riconoscimento, e che è quindi una norma dell'ordinamento".⁶¹

Kelsen e la norma fondamentale

Kelsen, esponente maggiore del normativismo novecentesco, afferma che per rendere valido il testo costituzionale affinché sia giuridicamente vincolante, è necessaria la norma fondamentale. Secondo Kelsen la validità di una norma giuridica dipende dalla sua conformità ad un'altra norma, la quale ne determina il modo di produzione, e questo schema gradualistico è riproposto anche nelle norme costituzionali, le quali sono valide grazie a una norma precostituzionale.⁶² Il normativista sostiene che è grazie alla norma fondamentale se la costituzione è valida giuridicamente e ad essa bisogna obbedire ed essere conformi ai suoi principi: «Alla domanda sul motivo per cui una norma è valida (cioè sul motivo per cui un uomo si deve comportare in quel certo modo), non si può rispondere con una constatazione su di un fatto reale (...) il fondamento della validità di una norma non può essere tale fatto. Dal fatto che qualcosa è non si può dedurre che qualcosa deve essere, così come, dal fatto che qualcosa deve essere non si può dedurre che qualcosa è. Il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un'altra norma»⁶³. Kelsen descrive la norma fondamentale dicendo che "non è posta mediante un atto giuridico positivo, bensì è presupposta (...) In questo

⁶¹ Ibidem

⁶² Fonte: Omar Chessa http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2010_n10/1-02_mono_O_Chessa.pdf

Omar Chessa è un professore universitario di Diritto costituzionale, scrittore e autore. Nato nel 1970 a Sassari, si è laureato in giurisprudenza nell'Università degli studi di Sassari. Successivamente ha conseguito un dottorato di ricerca in "Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali".

⁶³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966

presupposto si trova l'estremo fondamento della validità dell'ordinamento giuridico; tale fondamento è però, per sua natura, soltanto condizionato e, in questo senso, ipotetico”⁶⁴. Il filosofo austriaco descrivendo la norma fondamentale analizza tre principali caratteristiche: la norma è presupposta, e non posta; è il fondamento di validità estremo della costituzione e dell'ordinamento stesso; ed è una norma pensata, solo ipoteticamente esistente.

Le prime due caratteristiche della norma fondamentale, si possono riassumere con le parole dello stesso autore normativista, ovvero: “come norma suprema deve essere presupposta, in quanto non può essere posta da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso”⁶⁵. Per Kelsen la norma fondamentale, o *Grundnorm*, è presupposta e non posta da un'autorità, dato che se fosse posta non sarebbe fondamentale e suprema poiché la stessa autorità sarebbe tale grazie ad un'altra norma e il ragionamento andrebbe all'infinito. Al fine di arrestare il circolo vizioso infinito, l'autore pone la *Grundnorm* come presupposta e quindi “come esistente nel pensiero e non già sul piano delle volizioni concrete, degli atti umani percepibili coi sensi nel mondo reale”.⁶⁶

Come terza caratteristica l'autore spiega che la norma suprema e presupposta, come fondamento estremo della validità costituzionale e dell'ordinamento giuridico, è anche “condizionata e ipotetica”⁶⁷. La *Grundnorm* è condizionata all'esistenza di un ordinamento coercitivo che sia efficace, all'effettività della costituzione che essa convalida: “la funzione della norma fondamentale è di dare un fondamento alla validità di un ordinamento giuridico positivo, cioè di un ordinamento coercitivo statuito con atti della volontà umana ed efficace nelle sue grandi linee”⁶⁸. Quindi,

⁶⁴ Ibidem

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ Fonte: Omar Chessa http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2010_n10/1-02_mono_O_Chessa.pdf

⁶⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966

la norma fondamentale si riferisce sempre e soltanto ad una costituzione che sia effettivamente emanata.

Individuate e chiarite queste tre caratteristiche, bisogna capire chi presuppone la *Grundnorm*. L'autore non è mai esplicito nel definire chi presuppone la norma, se effettivamente è dichiarata da qualcuno o se semplicemente deve essere compiuta, con un'affermazione generale. La cosa chiara è che la norma fondamentale non può essere un atto volontario, bensì solo un pensiero: "La norma fondamentale non può essere il senso soggettivo di un atto di volontà (...) può essere soltanto il contenuto di un atto intellettuale»: non può essere, cioè, «una norma voluta», perché «può essere soltanto una norma pensata».⁶⁹ Si arriva a concludere, seguendo il ragionamento kelseniano, che giudici, giuristi e funzionari possano presupporre la norma perlopiù inconsapevolmente.

Da quest'ultimo ragionamento Kelsen distingue tra la validità e l'effettività della norma perché, come spiega in maniera chiara Omar Chessa, "l'effettività è il prodotto di chi è politicamente sovrano, di chi detiene la forza prevalente. La validità, invece, è il prodotto del ceto dei giuristi, al quale spetta solo una funzione dichiarativa, ossia riconoscere come giuridico (e obiettivamente valido) ciò che è soggettivamente voluto e imposto come effettivo dall'entità politica più forte".⁷⁰

La norma di riconoscimento di Hart

Hart teorizza che l'ordinamento giuridico sia valido grazie ad una norma fondativa, la norma di riconoscimento, come afferma anche Kelsen, con la norma fondamentale. Hart sostiene che la norma di riconoscimento permette di distinguere le norme giuridiche dalle altre norme, serve a riconoscere le norme valide che appartengono all'ordinamento giuridico: la *rule of recognition* (norma di riconoscimento) fornisce i criteri per l'individuazione di queste norme valide.

⁶⁸ Ibidem

⁶⁹ Ibidem

⁷⁰ Fonte: Omar Chessa http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2010_n10/1-02_mono_O_Chessa.pdf

Usando le parole di Hart: “In un ordinamento giuridico moderno, in cui vi è una varietà di “fonti” del diritto, la norma di riconoscimento è più complessa: i criteri per individuare il diritto sono molteplici e comunemente comprendono una costituzione scritta”.⁷¹ La norma di riconoscimento hartiana rispetto alla norma fondamentale kelseniana, ha la stessa funzione: fonda la giuridicità della costituzione e di conseguenza quella di tutte le altre norme dell’ordinamento giuridico; entrambe le norme si basano sul gradualismo, cioè su ordine gerarchico di importanza delle stesse.⁷²

Ma ci sono delle differenze tra la *Grundnorm* e la *rule of recognition* che vale la pena sottolineare. Hart costruisce la norma di riconoscimento come una regola sociale, che è praticata dai giudici o dai legislatori. Non è presupposta, come la norma kelseniana che si basa su un pensiero, né posta volontariamente da un’ autorità, ma è un dato di fatto, una realtà. Hart dice: “L’asserzione che essa esiste può essere soltanto un’affermazione fattuale esterna. Infatti, mentre una norma inferiore dell’ordinamento può essere valida e, in questo senso, “esistere”, anche se viene generalmente disobbedita, la norma di riconoscimento esiste soltanto come una prassi complessa, ma di solito concorde dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazione del diritto in riferimento a certi criteri”.⁷³ Per quanto riguarda la validità della norma di riconoscimento, Hart sostiene che non si può

⁷¹ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁷² “(...) si pone l’esigenza logica e pratica della graduazione delle fonti. La stessa ammissione di una fonte entro un ordinamento effettivo importa l’adozione di un criterio di ingresso, dato dalle c.d. norme sulla produzione giuridica. Esse ammettono entro un dato ordinamento altre norme ascrivendo loro giuridicità giusta l’identificazione di una data fonte produttiva. Ogni grado normativo (per modo d’esempio: fonte normativa costituzionale, ordinaria, regionale, fonte regolamentare, fonte consuetudinaria) può eventualmente generare un grado inferiore (sottordinato), ma certamente è stato a sua volta prodotto da un grado normativo soprastante. Ogni fonte deve averne una al di sopra e può averne una al di sotto. Può aversi un figlio ma deve necessariamente aversi una madre! È la geniale – forse insuperata – costruzione a gradi (Stufenbau) di Adolf Merkl, ripresa poi – come noto – da Hans Kelsen. Nel gradualismo di Merkl ogni fonte ne ha una generatrice”, art. *La custodia costituzionale e il velo del diritto positivo*, in *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica* - A.VII (2015), di Michele Fabio Tenuta

⁷³ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

definire, in quanto non può essere né valida né invalida, ma è semplicemente accettata. Il termine validità è limitato alle questioni che sorgono all'interno dell'ordinamento giuridico, ma non si usa per la norma di riconoscimento.

Ora, Kelsen aveva reso la norma fondamentale una norma pensata, presupposta; Hart descrive la norma di riconoscimento come un fatto reale e grazie a questa differenza definitoria la *rule of recognition* è “la causa per cui la costituzione è effettivamente applicata”⁷⁴. I giudici quindi, seguendo il ragionamento sopra descritto, riconoscono la costituzione come fonte delle fonti, ma questo riconoscimento risulta una pratica, un'azione meccanica che non sembra avere alla base una regola vincolante, che fa di questo comportamento un “modello di condotta dovuto”⁷⁵. Per un osservatore dell'ordinamento costituzionale l'applicazione della costituzione risulterebbe una pratica sociale, questo rappresenta il “punto di vista esterno”. Il “punto di vista interno”, *internal point of view*, rende la mera applicazione della norma come fatto empirico, un'applicazione della costituzione grazie ad una riflessione critica, che la rende un atto doveroso e vincolante, con valenza normativa⁷⁶: “deve essere considerata dal punto di vista interno come un criterio pubblico e comune per una sentenza corretta, e non come qualcosa che ogni giudice si limita, per quanto lo riguarda, ad obbedire”.⁷⁷ Inoltre, il punto di vista interno, si riconosce inconfondibilmente quando si tratta di comportamenti contrari ad una condotta fattuale comune, poiché chi non rispetta determinate regole giuridiche viene sanzionato e criticato dagli altri. La *rule of recognition* è il motivo della reazione nei confronti di chi non rispetta le norme giuridiche, da parte di chi le osserva; comunque, non si ha la certezza che la norma di riconoscimento sia la causa di chi agisce in conformità ad essa, oppure sia semplicemente una pratica sociale. In altre parole: “non è possibile negare

⁷⁴ Fonte: Omar Chessa http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2010_n10/1-02_mono_O_Chessa.pdf

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ Ibidem

⁷⁷ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

sensatamente che la *rule of recognition* sia la guida del comportamento di chi manifesta l'atteggiamento critico riflessivo: almeno per un nucleo necessario di giudici/funzionari essa è una regola normativa e non meramente concettuale". Inoltre "se la *rule of recognition* non fosse una regola normativa che pretende di governare e guidare il comportamento dei giudici/funzionari, ma fosse (solo) una regola concettuale, ossia la sintesi descrittiva di quello che fanno i giudici/funzionari (quando individuano le norme valide), non ci troveremmo di fronte a un vero e proprio passo in avanti rispetto alla teoria kelseniana"⁷⁸. Quindi, Hart va oltre la norma fondamentale presupposta di Kelsen, ponendo la norma di riconoscimento come effettiva, cioè come dato di fatto.

Critica a Ross, validità e sentimenti

Nell'articolo *Scandinavian Realism* del 1959, Hart critica Ross riguardo la sua concezione di validità espressa nel libro "*On Law and Justice*", 1958.

Nonostante la critica sia considerata interessante dall'autore del realismo scandinavo, egli ritiene che la critica mossagli da Hart sia frutto di un fraintendimento causato da un fattore linguistico: "*valid*" in inglese non può assumere lo stesso significato di "*gældende*", in lingua danese. Hart intende "*valid*" come la caratteristica che afferma la validità o invalidità di un certo atto giuridico e tale atto si può considerare valido se rispetta alcuni criteri stabiliti da una norma giuridica. Ross invece ribatte che la sua analisi era riferita a ciò che Hart considera con il termine "esistenza". Dunque il loro pensiero, superato questo fraintendimento, collima riguardo al concetto di "esistenza" dell'ordinamento giuridico; Hart nega che l'esistenza dell'ordinamento dipenda dalla sua validità che viene espressa da una norma che costringe gli individui ad obbedire, piuttosto: "La questione se una norma di riconoscimento esiste e quale sia il suo contenuto, cioè quali siano i criteri di validità di un dato ordinamento giuridico, è considerata lungo tutto questo libro come una questione di fatto empirica, benché complessa"⁷⁹. Hart

⁷⁸ Fonte: Omar Chessa http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2010_n10/1-02_mono_O_Chessa.pdf

si riferisce all'esistenza della norma di riconoscimento e dell'ordinamento giuridico che è una "questione di fatto empirica" che corrisponde alla concezione realista di Ross in *On Law and Justice*.

La differenza principale tra i due autori è però riguardo alla relazione tra il diritto e i sentimenti. "I sentimenti non sono né necessari né sufficienti per l'esistenza di norme obbligatorie"⁸⁰, sostiene perentorio Hart, al contrario di Ross per cui: "Il potere dello Stato affonda le sue profonde radici nei sentimenti e nelle credenze degli uomini, in una somma di atteggiamenti di lealtà e di rispetto verso la costituzione e le istituzioni di un paese, una credenza circa la "validità" della costituzione che si è sedimentata, nel corso dei secoli, attraverso la vita comune, nella consapevolezza di essere un popolo".⁸¹ Dunque, per Hart la norma non ha nulla in comune con i sentimenti, del resto se accettasse i sentimenti, come strumenti necessari al diritto, non si avrebbe più una distinzione netta tra diritto e morale; Ross d'altro canto, accetta il legame tra i sentimenti e la norma, una relazione, che diventa nella sua visione del diritto, necessaria. Hart, inoltre, nel tentativo di distinguersi dall'imperativismo, che abbiamo già ampiamente trattato, differenzia le regole sociali dalle abitudini, la condotta regolata da quella regolare. Questi due comportamenti (condotta regolata e condotta regolare) hanno in comune il punto di vista esterno, cioè la possibilità di vedere empiricamente una regolarità, ma le regole sociali al contrario delle abitudini, hanno anche un aspetto interno che prevede che la norma sia accettata come modello di condotta. Hart limita il punto di vista esterno a un atteggiamento critico-riflessivo, e non identifica il punto di vista interno con moralità, esso non necessita dell'"accettazione morale di un

⁷⁹ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ A. Ross, *Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat, Lindhardt og Ringhof, Skovlunde* 1974, trad. it. di A. Serpe, *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Giappichelli, Torino, 2016

sistema giuridico”⁸². La prospettiva del partecipante⁸³ deve collegarsi all’accettazione morale, poiché, in caso contrario, “se le ragioni per accettare il diritto stanno sullo stesso piano, si può ipotizzare il caso in cui tutti i partecipanti accettino il diritto per conformismo e, ove ciò accada, la differenza tra “avere un obbligo” ed “essere obbligato” perde di consistenza e il diritto tende ad essere ricacciato nell’ambito della forza”.⁸⁴ È impossibile sostenere la tesi di Hart secondo la quale un comportamento stabilito da una norma non necessita di qualcuno che lo accetti moralmente. Lo delinea chiaramente Joseph Raz (1939-2022)⁸⁵: “Per quanto il diritto possa essere moralmente indifendibile, bisogna essere in grado di considerarlo come un sistema che molti individui ritengono essere moralmente difendibile. Per quanto vada respinta ogni spiegazione della natura del diritto o dell’interpretazione giuridica che risulti valida soltanto a condizione che il diritto sia accettabile dal punto di vista morale, va altresì respinta ogni spiegazione che non sia in grado di rendere intelligibile la pratica giuridica. Questo significa che una spiegazione del diritto e dell’interpretazione giuridica, per essere accettabile, deve spiegare come le persone possano credere che il loro diritto, il diritto del loro paese, sia moralmente accettabile”⁸⁶. Dunque, Hart, sostenendo un tale ragionamento, imbocca un vicolo cieco, dal quale non riuscirà più ad uscire: negando la relazione

⁸² A. Schiavello in *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, a cura di Lorenzo Milazzo, Andrea Porciello, Edizioni ETS, Pisa, 2019

⁸³ Il partecipante è colui che accetta la norma e la segue, perché lo fanno tutti; ma non è l’unico esempio di partecipante: c’è chi si conforma per paura di una sanzione o dello stigma sociale, o ancora chi lo fa per pigrizia. Definizione liberamente presa da di A. Schiavello in *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, a cura di Lorenzo Milazzo, Andrea Porciello, Edizioni ETS, Pisa, 2019

⁸⁴ A. Schiavello in *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, a cura di Lorenzo Milazzo, Andrea Porciello, Edizioni ETS, Pisa, 2019

⁸⁵ Joseph Raz, nato il 21 marzo 1939 e morto il 2 maggio 2022, è stato un filosofo legale, morale e politico israeliano. È stato uno dei più grandi sostenitori del positivismo giuridico e si ricorda per la sua tesi del liberalismo perfezionista. È stato professore di filosofia della legge a Oxford e professore nella facoltà di legge della Columbia University.

⁸⁶ J. Raz, *Intention in Interpretation*, in R.P. George (Ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, trad. Aldo Schiavello in *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, a cura di Lorenzo Milazzo, Andrea Porciello, Edizioni ETS, Pisa, 2019

tra morale e diritto, e con la sua volontà di “garantire l’autonomia del diritto dalla morale e dalla coazione”⁸⁷, realizza che i sentimenti sono indispensabili per la norma ed è necessario per l’accettazione che qualcuno consideri la norma corretta da un punto di vista morale. Nel Poscritto di “*Il concetto di diritto*” Hart sembra considerare che, almeno nella prospettiva interna, il partecipante deve avere una giustificazione morale per seguire le norme e ritenerle significative per definire un certo comportamento come modello condotta: “[è possibile] (come hanno sostenuto Neil MacCormick e molti altri critici) [che] la prospettiva interna del partecipante, manifestata nell’accettazione del diritto come teso a provvedere la guida del comportamento e i criteri di critica includ[a] necessariamente la convinzione che vi sono ragioni morali per adeguarsi alle richieste del diritto e vi è una giustificazione morale per l’uso della coazione da parte sua”.⁸⁸ Ross invece nella sua filosofia del diritto mette in relazione la validità del diritto con l’esistenza dei sentimenti quali realtà, rispetto.

Concludendo, nonostante Ross abbia sempre avuto il desiderio di dimostrare la sua teoria del diritto come identica a quella di Hart, quest’ultimo l’ha sempre giudicata con severità; Aldo Schiavello, definisce la relazione che si instaura tra i due filosofi del diritto come “una storia di un amore non corrisposto”.

Hart e il giusnaturalismo

Hart condivide con il giusnaturalismo l’accettazione del contenuto minimo al diritto naturale, sostenendo che “senza un simile contenuto il diritto e la morale non potrebbero favorire lo scopo minimo di sopravvivenza che gli uomini hanno in vista quando si associano fra loro. In mancanza di questo contenuto gli uomini, così come sono, non avrebbero motivo per obbedire volontariamente a nessuna norma: e senza un minimo di cooperazione dato volontariamente da parte di coloro che ritengono nel loro interesse sottomettersi e conservare le norme, sarebbe impossibile la

⁸⁷ A. Schiavello in *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, a cura di Lorenzo Milazzo, Andrea Porciello, Edizioni ETS, Pisa, 2019

⁸⁸ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

coercizione nei confronti di coloro che non si conformassero volontariamente”.⁸⁹ Dunque, Hart, pur riaffermando l’autonomia del diritto rispetto alla morale, realizza il contenuto minimo del diritto naturale, riferendosi ad alcune caratteristiche dell’essere umano come “essere biologico e essere sociale”⁹⁰. Hart si mostra aperto verso il giusnaturalismo e, malgrado sostenga che il diritto è pur sempre diritto anche se è ingiusto, afferma che l’ordinamento giuridico senza un contenuto minimo non può essere considerato propriamente giuridico, poiché “viene meno alla propria funzione fondamentale di garante dell’ordine e di regola del comportamento umano”.⁹¹ Questa concezione hartiana è basata su alcune “ovvie verità”⁹², cioè delle caratteristiche essenziali della natura umana, che creano il nucleo comune del diritto e la morale.⁹³ Queste verità ovvie poste da Hart sono cinque: “la vulnerabilità umana”, “l’uguaglianza approssimativa”, “l’altruismo limitato”, “le risorse limitate e la comprensione e forza di volontà limitate”⁹⁴. Questi cinque caratteri della natura umana, che contraddistinguono il contenuto minimo del diritto naturale, riguardano soprattutto l’astensione alla violenza fra individui.

Per quanto concerne alla prima ovvia verità, la vulnerabilità umana, Hart si occupa soprattutto di delineare le “esigenze del diritto e della morale”⁹⁵, che prevalentemente riguardano delle prescrizioni negative, delle norme che si configurano come delle proibizioni, le cui più importanti sono quelle che riguardano l’uso della violenza. Queste norme sono fondamentali perché “se non esistessero queste norme, che motivo vi sarebbe, per esseri come noi, di avere

⁸⁹ Ibidem

⁹⁰ Fonte: Enciclopedia Treccani, https://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo_%28Dizionario-di-filosofia%29/

⁹¹ Introduzione di M. A. Cattaneo in *Il concetto di diritto* (1961), H. L. A. Hart, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁹² Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁹³ Ibidem

⁹⁴ Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi

⁹⁵ Ibidem

norme di qualsiasi tipo? La forza di questa domanda retorica poggia sul fatto che gli uomini sono occasionalmente esposti ad attacchi corporali e normalmente vulnerabili da questi”⁹⁶. È abbastanza intuitivo pensare che, se gli uomini non fossero vulnerabili e non temessero più i danni che altri esseri umani possano infliggergli o ancora peggio non temessero di essere uccisi, si dissolverebbe il carattere principale del diritto e della morale ovvero il comando di non uccidere l’altro. La seconda ovvia verità che delinea il contenuto minimo comune a morale e diritto è l’uguaglianza approssimativa. Secondo Hart “gli uomini differiscono fra loro in forza fisica, agilità e ancor più in capacità intellettuale. Tuttavia è un fatto di importanza notevole specificare che nessun individuo è tanto più forte degli altri da essere in grado, senza aiuto, di dominarli o soggiogarli se non per un periodo breve. Anche il più forte deve dormire qualche volta, e, quando è addormentato, perde temporaneamente la sua superiorità, spiega l’autore. Questo fatto dell’uguaglianza approssimativa, in maniera prioritaria, rende ovvia la necessità di un sistema di reciproche astensioni dalla violenza e di compromessi che è la base degli obblighi tanto giuridici quanto morali.”⁹⁷. Le parole dell’autore sono chiare riguardo a questa seconda ovvia verità, cioè che gli uomini sono pressoché uguali; infatti, nonostante siano differenti per caratteristiche fisiche o intellettuali, nessun individuo è di gran lunga superiore ad un altro. Proprio da queste considerazioni si può sottolineare la necessità di astenersi dalla violenza, garantendo tale necessità attraverso norme giuridiche che fanno parte del contenuto minimo del diritto naturale. La terza ovvia verità che Hart introduce per spiegare il contenuto minimo del diritto naturale e della morale è l’altruismo limitato: “Gli uomini non sono demoni dominati dal desiderio di sterminarsi a vicenda (...). Ma se gli uomini non sono demoni, non sono nemmeno angeli: e il fatto che gli uomini siano una via di mezzo tra questi due estremi è qualcosa che rende un sistema di reciproche astensioni tanto necessario, quanto possibile (...)”⁹⁸. L’autore descrive l’uomo come a metà tra un essere demoniaco e un essere angelico, e dunque ritiene

⁹⁶ Ibidem

⁹⁷ Ibidem

⁹⁸ Ibidem

necessaria la costituzione di norme giuridiche che controllino le tendenze aggressive dell'uomo. Infatti, anche se l'individuo non ha la volontà di sterminare l'altro, comunque non sempre si astiene dal voler far del male all'altro. Se fossero demoni, incuranti delle conseguenze provocate dal perpetuare la distruzione degli altri, allora le norme sarebbero inutili e inapplicabili, e, se fossero angeli, le norme che preservano l'uomo dalla violenza altrui non sarebbero necessarie. Quindi, Hart, conclude questa terza verità ribadendo che “così come stanno le cose, l'altruismo umano ha un'estensione limitata ed è discontinuo, e le tendenze all'aggressione sono sufficientemente frequenti per essere fatali alla vita sociale se non vengono controllate”⁹⁹. La penultima verità ovvia hartiana sono le risorse limitate. È un dato di fatto che gli esseri umani abbiano bisogno di “cibo, di vestiti e di un tetto: e che questi non sono alla portata in una quantità senza limiti, ma sono scarsi, devono essere fatti crescere o venire conquistati dalla natura, o essere costruiti con strumenti umani. Questi fatti da soli rendono indispensabile qualche forma minima di istruzione della proprietà (...)”.¹⁰⁰ Anche con questa verità Hart osserva la necessità di accettare delle norme giuridiche di contenuto minimo comune alla morale e al diritto; infatti, se non si ponessero le norme, la probabilità che un uomo violi la proprietà privata di un altro uomo per servirsi dei suoi materiali o per depredare i terreni, sarebbe molto alta. Dunque, l'importanza di norme che stabiliscano l'astensione di determinate azioni diventa indispensabile: “Le forme più semplici di proprietà si possono vedere nelle norme che escludono le persone in generale, tranne il proprietario, dall'ingresso in, o dall'uso di, un terreno, o che vietano loro di prendere o di usare cose materiali. (...) In tutti i tempi e in tutti i luoghi la vita stessa dipende da queste minime astensioni.”¹⁰¹ L'ultima ovvia verità è la comprensione e forza di volontà limitate: è naturale che alcuni uomini, in determinate situazioni, siano propensi a seguire il proprio utile piuttosto che rispettare la proprietà altrui, piuttosto che mantenere una promessa, piuttosto che astenersi dalla violenza e dunque non obbediscano volontariamente; pertanto,

⁹⁹ Ibidem

¹⁰⁰ Ibidem

¹⁰¹ Ibidem

diventa necessario che una norma giuridica, affinché sia obbedita da tutti, abbia una certa forma di garanzia. “La sottomissione a un sistema di restrizioni sarebbe follia se non ci fosse un’organizzazione per esercitare la coalizione nei confronti di coloro che tentassero di ottenere i vantaggi del sistema senza sottomettersi agli obblighi che ne derivano. Le sanzioni non sono perciò necessarie come motivo normale dell’obbedienza ma come garanzia che coloro i quali sono disposti ad obbedire volontariamente non vengano sacrificati a coloro che non sono disposti a farlo (...)”.¹⁰² L’autore rende ulteriormente chiaro il concetto della necessità della sanzione a garanzia dei comportamenti umani affermando che “dato l’insieme di fatti naturali e di scopi, che rendono le sanzioni possibili e necessarie in un ordinamento statale, che questa è una necessità naturale”.¹⁰³

La teoria dell’interpretazione di Hart

Per comprendere la teoria dell’interpretazione mista di Hart, bisogna partire dalla tripartizione compiuta dallo stesso autore alla fine degli anni Cinquanta sulle teorie dell’interpretazione: formalismo interpretativo, scetticismo interpretativo e teoria mista.

Il formalismo interpretativo crede che tutte le disposizioni giuridiche abbiano un solo significato e che tutti i casi di applicazione siano facili. In realtà Barberis, giurista e docente dell’università di Trieste (vivente), scrive che i formalisti seri ammettono che le disposizioni siano controverse, e che è impossibile che ci sia più di una interpretazione riguardo ad una determinata disposizione. Nonostante questo, i formalisti seri, ritengono che delle varie interpretazioni ce ne sia una sola che si possa considerare corretta. Sempre secondo l’autore citato “bisogna allora correggere la definizione di ‘formalismo’ appena fornita; nessun formalista serio può sostenere che tutte le disposizioni abbiano un unico significato, e che tutti i casi siano chiari: al massimo, può sostenere che tutte le disposizioni debbano avere un unico significato, e che tutti i casi possano diventare chiari (...) basti menzionare la

¹⁰² Ibidem

¹⁰³ Ibidem

tesi dell'unica soluzione corretta (ingl. *one right answer*) di Dworkin".¹⁰⁴ Non mi soffermo ulteriormente per quanto concerne il formalismo interpretativo; infatti, nel terzo capitolo della mia tesi tratterò la teoria dell'interpretazione di Ronald Dworkin (1931-2013) e la sua critica ad Hart. Nella terza teoria interpretativa, lo scetticismo interpretativo, le disposizioni giuridiche hanno sempre più significati e perciò tutti i casi di applicazione risultano difficili e quindi si collocano nella zona di penombra. Esistono due correnti di scetticismo interpretativo, una radicale e un'altra moderata. Nello scetticismo radicale le disposizioni giuridiche non hanno nessun significato prima dell'interpretazione che fa il giudice, "si tratta di enunciati che acquistano un senso solo quando l'interprete glielo attribuisce, ricavandone una norma (...) l'interpretazione giudiziale sarebbe libera creazione di diritto, limitata solo dai vincoli politici cui sono sottoposti interpreti"¹⁰⁵. Nello scetticismo moderato, le disposizioni hanno più di un significato prima che vengano interpretate dal giudice, il quale deve scegliere entro "una cornice"¹⁰⁶ interpretativa. Il diritto, nello scetticismo giuridico, è il prodotto del legislatore, che crea delle disposizioni con una cornice di significati, e del giudice, che ricava le norme scegliendole dalla cornice.¹⁰⁷ La teoria dell'interpretazione, detta anche teoria mista o teoria intermedia tra formalismo interpretativo e scetticismo interpretativo, afferma che le disposizioni giuridiche non hanno sempre un unico significato, come sosteneva il formalismo, bensì a volte hanno un unico significato e dunque trattano di un caso di applicazione facile, altre volte hanno più significati e quindi trattano un caso di applicazione difficile. La teoria interpretativa nei casi facili è sovrapponibile al formalismo interpretativo e nei casi difficili allo scetticismo interpretativo; l'esempio di Hart riguardante il divieto d'ingresso di veicoli all'interno di un parco è sufficiente per chiarire questa teoria intermedia: "Una norma giuridica vieta di

¹⁰⁴ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ "Ogni disposizione fornirebbe sempre all'interprete una cornice di significati à la Kelsen, fra i quali l'interprete sceglie, operando un'interpretazione in senso stretto"
Ibidem

¹⁰⁷ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1967

introdurre un veicolo in un parco pubblico. Chiaramente essa vieta l'ingresso a un'automobile: ma cosa dice delle biciclette, dei pattini, delle automobiline-giocattolo? Cosa dice degli aeroplani? Tutte queste cose devono essere chiamate veicoli, come talvolta facciamo, ai fini dell'applicazione della norma, oppure no? Se dobbiamo comunicare gli uni con gli altri (...) i termini generali che usiamo come 'veicolo' nel caso considerato devono presentare qualche esempio familiare nel quale non sorgano dubbi circa la sua applicazione. Ci deve essere un nocciolo di significato stabilito; ma vi sarà anche una penombra di casi discutibili, in cui l'applicazione della parola non è né ovvia né sicuramente esclusa".¹⁰⁸ Quindi, le disposizioni giuridiche che includono termini vaghi o dubbiosi hanno una struttura aperta, *open texture*,¹⁰⁹ ossia coinvolgono sia casi di applicazione difficili che facili. Nella definizione hartiana di casi facili e difficili, Barberis aggiunge che nei casi facili s'intendono sia le situazioni nelle quali si ritrova la certezza dell'applicazione di determinati termini (come automobile), sia anche le situazioni ove si ritrova la certezza che certi termini non siano applicati, come ad esempio "l'ingresso nel parco della zia Adagilda, cui certamente la parola veicolo non si applica"¹¹⁰. In questi casi, che si collocano nel nucleo di significati chiari, il giudice non ha bisogno di interpretare, le disposizioni hanno un unico significato, sono chiare. I casi difficili s'intendono le situazioni nelle quali c'è il dubbio che il termine si applichi o meno, come ad esempio l'ingresso nel parco delle autoambulanze. In questi casi, che si trovano nella zona di penombra, di significato incerto, è il giudice che deve interpretare e, come si può chiaramente dedurre, le disposizioni hanno significati plurimi, tra questi il giudice si trova a scegliere quello più appropriato.

Concludendo, Hart considera la teoria mista quella migliore tra le teorie interpretative quali lo scetticismo e formalismo, malgrado ciò, fa un'autocritica

¹⁰⁸ H. L. A. Hart, in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005

¹⁰⁹ Struttura aperta, *open texture* in inglese, è "una sorta di vaghezza non attuale bensì potenziale", definizione di M. Barberis in *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

¹¹⁰ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

individuando un difetto nella sua teoria: il rischio è quello della sopravvalutazione dei fattori linguistici rispetto a quelli giuridici.

Capitolo 3

Dopo Hart

In questo capitolo analizzerò la critica di Ronald Myles Dworkin (1931-2013) a Herbert Hart. Dworkin è stato giurista e filosofo, professore universitario di filosofia del diritto all'University College di Londra e alla New York University. Egli appartiene al filone della filosofia chiamato neo-costituzionalismo, teoria che spiega il diritto dello Stato costituzionale moderno, in cui non è più ammessa la costituzione flessibile, bensì esiste una costituzione rigida garantita da un controllo di legittimità costituzionale, composta da principi (e regole). Come le filosofie e teorie del diritto che abbiamo già analizzato (quali il positivismo giuridico, il realismo giuridico, ecc) anche il neo-costituzionalismo si può suddividere in tre tesi: la tesi della relazione tra il diritto e la morale, l'oggettivismo etico e il formalismo interpretativo.

Il neo-costituzionalismo

I neo-costituzionalisti sostengono che il diritto è connesso alla morale, soprattutto nello Stato costituzionale. Non si parla di una relazione necessaria, come lo era nei giusnaturalisti, o contingente, come per i giuspositivisti, bensì di una mera connessione. A ben vedere però, se i neocostituzionalisti dovessero valutare la connessione, allora la valuterebbero come necessaria, similmente ai giusnaturalisti. Dworkin, Alexy (n. 1945, vivente) e Nino (n. 1943, vivente), i tre principali esponenti del neo-costituzionalismo, sostengono la tesi della connessione definitoria del diritto, in cui, il diritto viene definito in base alla morale: il diritto è diritto giusto. Inoltre, difendono la tesi che la connessione necessaria tra diritto e morale sia: identificativa, ossia il diritto si identifica con la morale; giustificativa, cioè il diritto si giustifica in base alla morale; interpretativa, il diritto si interpreta grazie alla morale. Con questa descrizione della connessione contingente e necessaria del diritto, i neo-costituzionalisti si avvicinano al giusnaturalismo o al giuspositivismo, si potrebbe sospettare che il neo-costituzionalismo non sia una

teoria autonoma. Per rispondere a questo dubbio bisogna analizzare la tesi della relazione tra diritto e morale, come una semplice connessione.¹¹¹

Nella seconda tesi si evidenzia che l'oggettivismo etico neo-costituzionalista è differente dall'oggettivismo etico sostenuto dai giusnaturalisti. I valori sono oggettivamente giusti od oggettivamente ingiusti, e sono posti mediante una discussione razionale. Nel giusnaturalismo, invece, i valori sono dati dalla natura o dalla ragione umana e dunque non riconosciuti grazie ad una discussione razionale. Il neo-costituzionalismo sostiene l'oggettività dei giudizi di valore, via di mezzo alternativa tra soggettivismo e oggettivismo etico, che sono "oggettivamente giustificati dai valori costruiti per mezzo della discussione"¹¹². L'oggettivismo etico spiega il consenso dei giudici sui valori più astratti, come la sacralità della vita, ma non spiega il dissenso riguardo ai valori più concreti, meno astratti, come l'aborto o l'eutanasia. I giudizi meno astratti provocano dissenso e non è possibile concordare proprio perché i valori sono plurimi e dunque per risolvere la conflittualità servirebbe compiere azioni discrezionali e soggettive.

La terza tesi tratta del formalismo interpretativo: tutti i neo-costituzionalisti sostengono la connessione interpretativa fra diritto e morale, ma non tutti difendono la tesi dell'unica soluzione corretta di Dworkin: *one right answer*.¹¹³ Infatti, ritengono che ogni disposizione giuridica tolleri più di un'interpretazione e tra diverse interpretazioni deve essere considerata quella moralmente più giusta. Per comprendere meglio questa tesi bisogna osservare i tre punti di vista della filosofia del diritto: teorico, metodologico e ideologico.

Dal punto di vista teorico, il neo-costituzionalismo affronta i problemi del processo di costituzionalizzazione del diritto. Infatti, da quando le costituzioni sono diventate rigide, i principi che si trovano all'interno sono stati sempre più influenzati dai principi costituzionali. Il neo-costituzionalismo è quindi la teoria del diritto dello

¹¹¹ Ibidem

¹¹² Ibidem

¹¹³ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, trad. it. *Questioni di principio*, Milano, Il saggiatore, 1990

Stato costituzionale¹¹⁴. La tesi della relazione tra diritto e morale è assicurata dalla costituzione: in essa, infatti, si trovano principi giuridici che sono valori etici, quali la dignità umana, solidarietà sociale, ecc.¹¹⁵ Si deve tenere conto della differenza tra regole e principi, che il giuspositivismo teorico non sostiene; si deve considerare la “tecnica di applicazione caratteristica dei principi”¹¹⁶ ossia il bilanciamento, che è “una tecnica argomentativa sviluppata dalle corti costituzionali per risolvere un conflitto tra pretese giuridiche confliggenti”¹¹⁷ e teorizzata dai neo-costituzionalisti. Considerando queste affermazioni si potrebbe cadere nel rischio di definire il neo-costituzionalismo teorico come un mero aggiornamento del giuspositivismo teorico, ma la differenza tra giuspositivismo e neo-costituzionalismo affiora negli altri due punti di vista: quello metodologico e quello ideologico.

Il neo-costituzionalismo metodologico si allontana dal giuspositivismo metodologico, soprattutto per quanto riguarda il principio di avaloratività. Gli esponenti neo-costituzionalisti sostengono che il diritto necessita dell’argomentazione morale e affermano che nello Stato costituzionale i valori morali si trovino all’interno, poiché le costituzioni rigide li pongono come principi giuridici della costituzione, pertanto non sussiste il principio di avaloratività.

Il neo-costituzionalismo ideologico vede un’esaltazione dello stato costituzionale e dell’obbligo di obbedire ed applicare la costituzione; i neo-costituzionalisti sostengono la “tesi della pretesa di correttezza del diritto (...), una pretesa di correttezza giuridica e morale non lontana da una vera e propria pretesa di giustizia”¹¹⁸. Sia il neo-costituzionalismo che il giuspositivismo rispondono alla domanda se si debba o meno obbedire al diritto; inoltre, entrambe le filosofie adottano il legalismo¹¹⁹, da parte di entrambe le filosofie. Queste due filosofie

¹¹⁴ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

¹¹⁵ Ibidem

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ Fonte: Enciclopedia Treccani, <https://www.treccani.it/enciclopedia/bilanciamento-costituzionale>

¹¹⁸ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011

differiscono per quanto riguardano concerne l'oggetto a cui si deve obbedire nel diritto; infatti, i giuspositivisti normativi hanno come oggetto la legislazione democratica e invece i neo-costituzionalisti vedono come oggetto di obbedienza il diritto della costituzione, o diritto costituzionalizzato, ossia che ha come base i principi costituzionali.¹²⁰

Ronald Dworkin

Ronald Myles Dworkin (1931-2013) mente brillante della filosofia del diritto e della filosofia politica statunitense, è stato docente di diritto ad Oxford, succedendo ad Herbert Hart ed è stato professore alla LAW School della New York State University. L'autore sposa la filosofia del diritto neo-costituzionalista, e questa teoria si scontra fin dall'inizio con la teoria giuspositivistica che riduce il diritto al solo diritto valido formalmente, ma sostiene che (il diritto) deve includere "valutazioni di correttezza morale"¹²¹ che trovano il proprio fondamento nel sistema costituzionale: questo sarà chiamato dall'autore nucleo inviolabile dei diritti umani. Dunque, questa relazione fra diritto e morale diventa caratteristica fondamentale per Dworkin e il neo-costituzionalismo: nello Stato costituzionale la morale non è esterna al diritto, come si osserva invece nello Stato legislativo, ma interna, cioè, i valori quali la solidarietà, l'uguaglianza, la dignità, ecc. si trovano all'interno del diritto, grazie ai principi costituzionali. Hart, invece, aveva postulato

¹¹⁹ "Nella teoria generale del diritto, attitudine a ridurre la giustizia a mera conformità alla lettera della legge. È il prodotto della degenerazione del principio di legalità, che si determina allorché la legge non è più intesa come lo strumento idoneo ad assicurare la parità tra gli individui (giustizia sostanziale), ma viene invece concepita come il criterio finale di valutazione della giustizia delle azioni (giustizia formale). L'unico presupposto in base al quale si considera giusta una legge è che sia effettivamente vigente e, in quanto tale, degna di obbedienza. Per il legalista, dunque, la legge e il diritto positivo sono di per sé giusti in quanto appartenenti all'ordinamento", fonte:

<https://www.treccani.it/enciclopedia/legalismo/>

¹²⁰ J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, trad it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Torino, Giappichelli, 2001

¹²¹ Laura Zavatta, *Costituzionalismo e oggettività etica del diritto. Dworkin dopo Hart. Una rilettura*, Torino, G. Giappichelli, 2017

la tesi della separabilità tra diritto e morale e dunque la relazione non necessaria ma contingente tra i due.

Con il neo-costituzionalismo Dworkin tenta di creare una “terza via del diritto”¹²² tra il giuspositivismo e il giusnaturalismo, criticando solo il primo visto che negli anni in cui l’autore si occupa di filosofia del diritto, il positivismo giuridico era la “concezione del diritto egemone”.¹²³ Sono numerose le critiche che Dworkin muove al giuspositivismo e tutt’altro che semplici e chiare, anzi spesso l’autore usa un linguaggio oscuro, ambiguo, poco chiaro.

La critica al modello delle regole

Secondo Dworkin il giuspositivismo ha una visione del diritto incompleta: non si può pretendere che il diritto sia composto unicamente da regole giuridiche come unica tipologia di norma, ma bisogna considerare anche i principi, come seconda tipologia di norma. Secondo Manuel Atienza (n. 1951- vivente) e Jua Ruiz Manero si possono individuare vari significati di “principio”: norma molto generica; norme programmatiche che indicano i fini da conseguire, ma non i mezzi; norme che descrivono valori supremi; norme di grado elevato rispetto ad altre norme; norme che costituiscono il fondamento (*regola juris*). In particolare, Dworkin critica il “modello delle regole” del positivismo hartiano, secondo cui il diritto è un insieme di regole giuridiche che sono individuate da una norma di riconoscimento. Dworkin afferma che il diritto è composto da regole e da principi, questi ultimi sfuggono al vaglio della norma di riconoscimento¹²⁴, che non riesce a riconoscerli. I principi si distinguono dalle regole per una caratteristica logico-qualitativa: le regole hanno il “criterio del tutto-o-niente”¹²⁵; i principi posseggono la caratteristica del “peso” o

¹²² John Leslie Mackie (2005) in A. Schiavello, *Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, Rivista di filosofia del diritto, Il Mulino, 2014

¹²³ A. Schiavello, *Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, Rivista di filosofia del diritto, Il Mulino, 2014

¹²⁴ Vedi capitolo 2, paragrafo “La norma di riconoscimento di Hart”

¹²⁵ A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli editore, 1998

dell'“importanza”¹²⁶. Alexy spiega meglio questo punto fondamentale della teoria dworkiniana dicendo che le regole possono essere adempiute o meno dal giudice, con un'azione meccanica (tutto-o-niente) e invece i principi mettono il giudice nella posizione di compiere una scelta, valutando il principio “più pesante” e dunque quello che deve prevalere sugli altri (caratteristica del peso, importanza). I principi, secondo il ragionamento di Dworkin, sembrano sussidiari rispetto alle regole, ovvero entrano in gioco solo se ci sono dei casi difficili di applicazione, e dunque serve decidere quale principio applicare; se invece ci troviamo di fronte ai casi facili, le regole vengono applicate automaticamente. In questo caso non serve riflettere sul contenuto delle regole, poiché essendo chiare, non necessitano di valutazione: “il contenuto delle regole non è importante in quanto è chiaro e non solleva problemi interpretativi”¹²⁷. Secondo Schiavello non è del tutto corretto differenziare le regole dai principi à la Dworkin, quanto piuttosto differenziarli per “grado”: non c'è un criterio preciso secondo cui i principi si differenziano concretamente dalle regole, se non che i primi sono indeterminati e più generali, rispetto alle regole che risultano più precise e determinate.¹²⁸ Ricapitolando, Dworkin, confuta la tesi giuspositivista del modello delle norme valide secondo la teoria di riconoscimento in quattro passaggi¹²⁹: nel primo afferma che le regole sono solo un tipo di norme giuridiche e tutto ciò che non rientra in questa categoria sono i principi; nel secondo passaggio sostiene che le regole sono qualitativamente differenti dai principi, e quindi si possono distinguere facilmente; nel terzo passaggio afferma che la regola di riconoscimento non è adatta a riconoscere i principi, bensì soltanto le regole giuridiche; nel quarto passaggio sostiene che non ci sia continuità tra principi morali e principi giuridici.¹³⁰ Dworkin, dunque,

¹²⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad. it. F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982

¹²⁷ A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli editore, 1998

¹²⁸ Ibidem

¹²⁹ A. Schiavello, *Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, Rivista di filosofia del diritto, Il Mulino, 2014

¹³⁰ Ibidem

sostiene che il diritto hartiano è incompleto, poiché come abbiamo visto, nella definizione di diritto non si possono comprendere unicamente le regole, ma anche i principi.

La teoria della “one right answer”

Secondo Dworkin il positivismo giuridico ha una visione semplicistica del diritto, a cui l'autore contrappone la tesi della teoria della risposta giusta; inoltre, il giuspositivismo accetta la discrezionalità forte negli *hard cases*, casi difficili, cosa che l'autore neo-costituzionalista non condivide. La teoria dell'interpretazione giuridica di Dworkin, quindi, si differenzia dalla teoria dell'interpretazione hartiana per quanto concerne i casi difficili. Nei casi facili, infatti, entrambi gli autori riconducono il caso, al quale i giudici fanno riferimento, ad una regola generale e chiara. Nei casi difficili, invece, Hart sostiene che i giudici hanno una certa discrezionalità, cioè una libertà decisionale limitata da alcuni criteri legislativi; al contrario Dworkin ritiene che i giudici applichino semplicemente i principi preesistenti al fine di risolvere il caso di applicazione che si trovano a studiare, senza discrezionalità. A la Dworkin: “Anche quando nessuna norma prestabilita è in grado di risolvere il caso, una delle parti può comunque avere il diritto alla vittoria. Resta un dovere del giudice, anche nei casi più difficili, scoprire quali siano i diritti delle parti senza inventarsi nuovi diritti da applicare retroattivamente”.¹³¹ Quindi, Dworkin sostiene che quando un caso concreto non trova una norma che lo regoli, sta ai giudici bilanciare i principi (già esistenti) che sono in competizione in quel caso definito difficile e decidere qual è il principio migliore da scegliere. L'unico compito del giudice è dunque scegliere tra ipotesi già proposte dal diritto, non crearne di nuove: questa è la tesi dell'unica risposta giusta, che non ammette appunto discrezionalità *forte*. Nonostante Dworkin non ammetta che i giudici applichino discrezionalità nelle loro decisioni come l'abbiamo finora intesa¹³², non

¹³¹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad. it. F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982

¹³² Discrezionalità come “facoltà di libera azione e decisione entro i limiti generali fissati dalla legge: *la d. del giudice nella determinazione della pena; d. amministrativa*, facoltà concessa dalla legge alla pubblica amministrazione di decidere autonomamente, salvo

esclude tutte le forme di discrezionalità giudiziale, ma ammette una discrezionalità *debole* che, senza avere alcun riferimento con il significato finora dato a questo termine, secondo per lui significa “la mera difficoltà di pervenire alla soluzione corretta, difficoltà che implica la possibilità di commettere errori”¹³³. Dworkin per illustrare la teoria della risposta giusta, utilizza la figura di *Hercules*¹³⁴. Con il mito di Ercole, Dworkin intende un giudice che possiede pazienza, acume e capacità sovraumane e che condivide il concetto di diritto dworkiniano.¹³⁵ L’autore usufruisce dell’esempio della figura mitologica per spiegare “sia un modello di giudice in quanto egli (Ercole) si fa guidare, nell’esercizio della sua professione, dalla concezione del diritto come integrità, sia un ideale in quanto le sue capacità sono superiori alla norma, come, del resto, lascia intendere il suo stesso nome”¹³⁶. Con l’enfasi posta sulle caratteristiche sovraumane del giudice mitologico, Dworkin rischia di rendere (consapevolmente) la soluzione dell’unica risposta giusta una soluzione fittizia. Per cercare di evitare questa critica, Dworkin sostiene che non è fondamentale soffermarsi sulle caratteristiche sovraumane del giudice; la figura di *Hercules* ha motivo di esistere meramente esplicativo¹³⁷: un giudice in una situazione normale non ha il tempo di spiegare tutti i passaggi che comportano una

sempre il perseguimento del pubblico interesse, sui vari aspetti di un’azione da intraprendere, sulla base di un proprio giudizio di opportunità, più o meno ampio a seconda delle circostanze (...)”, fonte: Treccani, <https://www.treccani.it/vocabolario/discrezionalita/>

¹³³ A. Schiavello, *Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, Rivista di filosofia del diritto, Il Mulino, 2014

¹³⁴ Ercole, l’eroe dalle dodici fatiche: (Eracle per i Greci) è l’eroe-semidio, dotato di una forza eccezionale, che affronta vittoriosamente fatiche sovrumane. È un eroe possente ma benefico: la maggior parte delle sue imprese consiste nella liberazione del mondo da pericolosi mostri. Alla sua morte viene accolto tra gli dèi. Le sue ‘fatiche’ divennero il simbolo dei sacrifici che l’esercizio della virtù richiede, la sua apoteosi (cioè la sua assunzione nell’Olimpo tra gli dèi) simboleggiò la virtù premiata. Fonte: <https://www.treccani.it/enciclopedia/ercole>

¹³⁵ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad. it. F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982

¹³⁶ A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli editore, 1998

¹³⁷ Ibidem

decisione, e spesso nei casi facili si muove in maniera quasi istintiva. *Hercules*, invece, ha “tutto il tempo ed anche le capacità”¹³⁸ di poter esplicitare tutti i passaggi che lo portano a compiere una decisione. Il nostro autore, inoltre, descrive alcune caratteristiche che la *one right answer* segue: innanzitutto Dworkin propone l’esempio della *chain novel*,¹³⁹ ossia un romanzo scritto a più mani, paragonando l’attività del giudice allo scrittore incaricato di scrivere l’ultimo capitolo di un romanzo a più mani: la sua attività è differente rispetto a quella dei romanzieri dei primi capitoli, poiché l’ultimo ha discrezionalità minore rispetto ai primi, dovendo seguire un percorso già iniziato dagli scrittori precedenti. Così i giudici hanno discrezionalità debole, ossia à la Dworkin: devono basare le loro decisioni fondandosi su precedenti giudiziari e leggi valide in un ordinamento giuridico. Il motivo che spinge il giudice a scegliere una risposta piuttosto che un’altra (per giungere alla *one right answer*) è la “concezione costruttivistica dell’interpretazione”¹⁴⁰ chiamata *Aesthetic Hypothesis*. Per comprendere appieno il ragionamento di Dworkin è opportuno distinguerlo su due piani: uno molto astratto e uno meno astratto¹⁴¹. Nel piano molto astratto il neo-costituzionalista sostiene che l’interprete in questione ponga l’oggetto dell’interpretazione *in the best light*, nella migliore luce (banalmente?); nel piano meno astratto la teoria dell’interpretazione prevede due passaggi: il primo consiste nel trovare le interpretazioni più congruenti riguardo all’oggetto dell’interpretazione identificato dall’interprete, il secondo nello scegliere la migliore tra le migliori interpretazioni e, non essendoci delle soluzioni che prevedono dei criteri oggettivi, sarà di nuovo una questione interpretativa dell’interprete il quale avrà il compito di “addurre argomenti a sostegno della propria scelta e difendersi dalle obiezioni di chi ha operato una scelta

¹³⁸ Ibidem

¹³⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad. it. F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982

¹⁴⁰ A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli editore, 1998

¹⁴¹ Seguo la costruzione di A. Schiavello in Ibidem

diversa. La *right answer*, in definitiva, non è *just there* ma costituisce una questione interpretativa”¹⁴².

Quello che i giuspositivisti non accettano della teoria dworkiniana della *one right answer* è l’identificazione tra “risposta migliore” e “risposta giusta”¹⁴³, poiché non ritengono che ci siano i criteri per poter dimostrare che la “risposta migliore” di un determinato giudice sia “quella giusta” rispetto a quella considerata “migliore” da un altro giudice.

“In conclusione, quindi, il giuspositivismo ritiene che la dimostrabilità sia l’unico criterio valido di verità”¹⁴⁴, ovvero solo nel caso in cui venga dimostrata empiricamente la risposta può essere considerata giusta.

Sul tema della *right answer* Hart sostiene che Dworkin sbaglia a identificare la risposta migliore con la risposta giusta, critica mossa dalla maggior parte dei giuspositivisti per le ragioni già evidenziate. Nonostante ciò, ritiene che questa concezione di Dworkin non abbia una “conseguenza negativa”¹⁴⁵ sul diritto infatti: “il dovere del giudice sarà lo stesso: vale a dire di fare il miglior giudizio morale che può su tutte le questioni morali che può avere per decidere”.¹⁴⁶ Inoltre, ammette che la visione di Dworkin riguardo al ruolo dell’interpretazione “pur non costituendo un superamento del giuspositivismo, certamente ne rappresenta un completamento”¹⁴⁷.

¹⁴² Ibidem

¹⁴³ Ibidem

¹⁴⁴ Ibidem

¹⁴⁵ A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli editore, 1998

¹⁴⁶ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law (Second Edition)* - With a Postscript edited by P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford Clarendon Press, 1994

¹⁴⁷ A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli editore, 1998

Conclusione

Non è stato un lavoro agile e semplice, spesso è stato complesso e spinoso nella comprensione delle tesi degli autori e nell'elaborazione e nella stesura. Mi sono appassionata all'argomento e dei suoi autori mentre li studiavo, mi documentavo e scrivevo, ed entravo nei meandri della loro filosofia e del loro pensiero, scoprendo ogni volta qualcosa di nuovo.

Il primo capitolo di tesi è stato un riordino e completamento delle tematiche trattate egregiamente durante il corso di filosofia del diritto, le correnti di teoria generale e di filosofia del diritto che hanno solcato i due secoli precedenti a questo. Grazie ad una visione completa di queste teorie, sono arrivata con i giusti strumenti a trattare Hart e il suo concetto di diritto, partendo proprio dalla lettura del suo libro dal titolo "Il concetto di diritto" e seguendo l'autore tra le critiche da lui mosse alle teorie precedenti fino ai filosofi del diritto contemporanei. Sono approdata nell'ultimo capitolo, trattando di Ronald Dworkin: autore neo-costituzionalista statunitense dal linguaggio a volte oscuro. Ho elencato le sue due più importanti critiche che egli muove all'autore protagonista della mia tesi: la critica al modello delle regole e la contrapposizione della tesi della *one right answer*.

Il viaggio nelle filosofie del diritto dell'Ottocento e Novecento, seppur tra alcune difficoltà, si è rivelato interessante e avventuroso ed ha arricchito il mio bagaglio culturale in tale ambito e mi ha aperto a nuovi orizzonti filosofici.

Bibliografia

- A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005
- Arendt H., *La banalità del male* (1963), Feltrinelli, Milano, 2022
- Austin J., *Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law*, Volume 1, 1864
- Barberis M., *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2011
- Barberis M., *Manuale di filosofia del diritto*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011
- Cadei T., Zanetti G., *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, G. Giappichelli editore, Torino, 2019
- Dworkin R., *A Matter of Principle*, trad. it. *Questioni di principio*, Il saggiatore, Milano 1990
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad. it. F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982
- Ferrajoli, M. J. (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2013
- Grozio U., *De iure belli ac pacis libri tres*, Amsterdami, apud Iohannem Blaeu, 1646. Trad. it., *Il diritto della guerra e della pace*, A CURA DI f. Arici e F. Todescan, Cedam, Padova, 2010
- Hart L. A. H., *The Concept of Law (Second Edition)* - With a Postscript edited by P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford Clarendon Press, 1994
- Herbert L. A. H., *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario A. Cattaneo, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1961
- Hix B. H., *Teoria del diritto, Idee e contesti*, a cura di A. Porciello, Torino, Giappichelli, 2016
- Hobbes T., *Leviathan* (1651), Bur Rizzoli, Emilia-Romagna, 2011
- Holmes O. W., *Privilege, Malice and Intent*, in Harvard Law Review, 1894
- Holmes O. W., *The Common Law*, 1881, M. D. Howe ed. Little Brown and Co., Boston, 1963
- Holmes O. W., *The Path of Law*, in Harvard Law Review, 1897
- Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1967
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966

- Locke J., *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Utet, 2010
- Luzzati C., *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: I*, Giappichelli, Torino, 2010
- M. Maurizi, *L'antropologia negativa in Th.W. Adorno tra teologia e scienza sociale*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica* Vol. 94, No. 1 (Gennaio-Marzo 2002), di Vita e Pensiero – Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore.
- Radbruch G., *Ingiustizia legale e diritto sovra legale* (1946), A.G. Conte, P. Di Lucia, L.
- Raz J., *Intention in Interpretation*, in R.P. George (Ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, trad. Aldo Schiavello in *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, a cura di Lorenzo Milazzo, Andrea Porciello, Edizioni ETS, Pisa, 2019
- Ross A., *Credo* (1974), in *Democrazia, potere e diritto. Contributo al dibattito odierno* (1974) trad. di A. Serpe, Giappichelli, Torino, 2016
- Ross A., *Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat, Lindhardt og Ringhof, Skovlunde 1974*, trad. it. di A. Serpe, *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Giappichelli, Torino, 2016
- Ross A., *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958, trad. it. A cura di G. Gavazzi, *Diritto e Giustizia*, Einaudi, Torino, 1965
- Schiavello A., *Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, *Rivista di filosofia del diritto*, Il Mulino, 2014
- Schiavello A., *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, a cura di Lorenzo Milazzo, Andrea Porciello, Edizioni ETS, Pisa, 2019
- Schiavello Aldo, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli editore, Torino, 1998
- Tenuta M. F., *La custodia costituzionale e il velo del diritto positivo*, in *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2015
- Waldron J., *The Dignity of Legislation*, trad it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giappichelli, Torino, 2001
- Zaninelli S., Cristiani C., *Attraverso i secoli dall'anno Mille al Seicento*, Atlas, Bergamo, 2016
- Zavatta L., *Costituzionalismo e oggettività etica del diritto. Dworkin dopo Hart. Una rilettura*, G. Giappichelli, Torino, 2017

Sitografia

Autori vari non specificati, “*Giusnaturalismo*”, Enciclopedia Treccani,
https://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo_%28Dizionario-di-filosofia%29/

Autori vari, “*Bilanciamento costituzionale*”, Enciclopedia Treccani,
<https://www.treccani.it/enciclopedia/bilanciamento-costituzionale>

Autori vari, “*Discrezionalità*”, Enciclopedia Treccani,
<https://www.treccani.it/vocabolario/discrezionalita/>

Autori vari, “*Ercole*”, Enciclopedia Treccani,
<https://www.treccani.it/enciclopedia/ercole>

Autori vari, “*Legalismo*”, Enciclopedia Treccani,
<https://www.treccani.it/enciclopedia/legalismo/>

Autori vari, “*Stato moderno*”, Enciclopedia Treccani,
<https://www.treccani.it/enciclopedia/stato-moderno>

Omar Chessa, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, Diritto e questioni pubbliche, 2010,
http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2010_n10/1-02_mono_O_Chessa.pdf

Paolo Maci, *Hans Kelsen*, Università telematica Pegaso Facoltà di Scienze dell’Educazione e della Formazione
<http://video.unipegaso.it/Scienze/LegislazioneScolastica/Maci/SocieDirit/Ipertesti/HANS%20KELSEN.pdf>

Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998,
<https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/excerpt/9788834818343.pdf>

Timothy Endicott, *Prefazione: H.L.A. Hart e la Jurisprudence ad Oxford in La generalità del Diritto*, Mucchi editore, Modena, 2013:
<https://www.mucchieditore.it/images/Extra/Prefazione.pdf>

Ringraziamenti

È doveroso dedicare questo spazio alle persone che mi hanno supportato in questo lavoro.

In primis ringrazio la professoressa Costanza Margiotta Broglio Massucci, docente di filosofia del diritto, per la pazienza e la disponibilità dimostratemi. Mi ha accompagnata lungo tutto il percorso in maniera costante e premurosa, ho trovato in lei una figura in cui riporre la mia fiducia ed ammirazione. Senza la sua passione, mostrata instancabilmente ad ogni lezione, probabilmente questo lavoro sarebbe diverso e non avrebbe avuto tale sviluppo.

Ringrazio la mia famiglia e in particolare i miei genitori, che mi hanno permesso di intraprendere questo iter di studi e mi sono stati vicini durante le mie scelte universitarie.