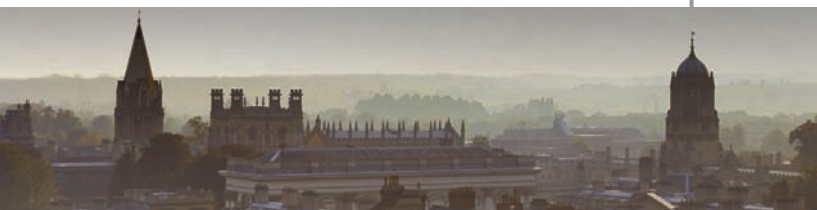


Carolina Gasparoli

# Il Diritto tra Natura e Politica

Per una lettura di H.L.A. Hart



Altralea  
EDIZIONI

# Indice

Introduzione .....	p. 11
--------------------	-------

## I IL PROBLEMA DELL'ACCETTAZIONE

### DEL DIRITTO TRA FORZA E AUTORITÀ .... p. 43

1. La dottrina imperativistica del diritto: John Austin	48
2. La dottrina del diritto di Hans Kelsen	51
3. Hart e il diritto: una nuova prospettiva per il positivismo giuridico	64
4. Ordini <i>versus</i> ragioni giuridiche dotate di autorità	71
5. La regola di riconoscimento come fondamento del sistema giuridico	78
6. Cosa vuol dire accettare una regola?	85
7. La regola di riconoscimento come fondamento di validità del sistema giuridico	103
8. L'influenza di Wittgenstein nella chiarificazione hartiana del concetto di diritto	110
9. Il diritto tra autorità e forza	121

## II LA NATURA UMANA

### TRA DIRITTO E MORALE ..... p. 125

1. Il contenuto minimo del diritto naturale	130
2. La necessità naturale delle sanzioni	143
3. Validità e immoralità del diritto: un difficile rapporto?	153
4. Contenuto minimo e valori in conflitto	161

## III PENA E RESPONSABILITÀ ..... p. 169

1. Un primo tentativo: <i>The Ascription of Responsibility and Rights</i>	176
2. Ripensare la responsabilità: <i>Punishment and Responsibility</i>	188
3. La giustificazione della pena e la critica all'utilitarismo	193
4. Giustificare pratiche e giustificare azioni	206
5. Principio retributivo e responsabilità	210
6. L'intenzione e la <i>negligence</i>	218

## **IV L'INDIVIDUO DI FRONTE AL DIRITTO: L'IMPOSIZIONE GIURIDICA**

<b>DELLA MORALE .....</b>	<b>p. 225</b>
1. <i>The Enforcement of Morals</i> : Devlin e il moralismo giuridico	232
2. Il principio del danno di John Stuart Mill	244
3. La risposta di Hart a Devlin	252
4. Società e moralità in Hart	261
5. Diritto e moralità critica	266

## **V DIRITTO NATURALE**

<b>E DIRITTI SOGGETTIVI .....</b>	<b>p. 273</b>
1. I diritti: un'introduzione	277
2. <i>Choice theory</i> versus <i>benefit theory</i> : la posizione di Hart	281
3. Il superamento della <i>choice theory</i> : la critica di MacCormick	287
4. Jeremy Bentham e i diritti naturali	291
5. John Stuart Mill e i diritti naturali	297
6. Esistono diritti naturali? La posizione di Hart	303
7. <i>Immunity-rights</i>	309
8. Diritti, valori, libertà	316

Indice dei nomi .....	p. 323
-----------------------	--------

## Introduzione

1. Herbert Lionel Adolphus Hart è stato uno dei più importanti filosofi del Novecento. La sua riflessione sul diritto ha conosciuto una straordinaria fortuna in seguito alla pubblicazione di *The Concept of Law*, l'opera del 1961 in cui l'autore apre una nuova prospettiva per lo studio e la comprensione del fenomeno giuridico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Alla figura e al pensiero di Hart, di cui nel 2007 ricorreva il centenario della nascita, celebrato a Cambridge con un convegno, sono stati dedicati negli anni numerosi saggi, articoli, recensioni. Ad eccezione del libro di Annamaria Loche, *Moralità del diritto e morale critica: saggio su Herbert Hart* (FrancoAngeli, Milano, 1997), focalizzato sulla questione dell'imposizione giuridica della morale e sul rapporto di Hart con Bentham e Mill, fino al 2008, anno in cui Mario Ricciardi ha pubblicato *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford* (ETS, Pisa), in Italia non era mai stato dato alle stampe un volume monografico su Hart. In ambito anglosassone, di contro, si segnalano due opere monografiche. La prima, *H.L.A. Hart*, è di Neil MacCormick, ed è stata pubblicata nel 1981 presso la casa editrice Edward Arnold di Londra. Questa monografia è stata rivista e aggiornata per una seconda edizione, uscita nel 2008 per la Stanford University Press. La seconda, data alle stampe una decina di anni più tardi, nel 1992, è di Michael D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy. An Examination* (Kluwer Academic Publisher, Dordrecht, Boston, London). Per chi si avvicina alla figura di Hart è senza dubbio imprescindibile la lettura della biografia scritta da Nicola Lacey, *A life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, uscita nel 2004 presso la Oxford University Press. Bisogna segnalare che l'attenzione per la riflessione hartiana si è concretizzata anche nella pubblicazione di raccolte di saggi. La prima, *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, risale al 1977, ed è stata curata da Peter M. Hacker e Joseph Raz per la casa editrice Clarendon. Dieci anni più tardi, nel 1987, Ruth Gavison ha raccolto in un volume collettaneo, *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart* (Clarendon Press, Oxford), gli interventi della conferenza in onore di Hart, tenutasi a Gerusalemme nel marzo del 1984. Questo volume è particolarmente interessante perché Gavison fa seguire la risposta di Hart agli interventi dei partecipanti al convegno. L'anno successivo, Philip Leith e Peter Ingram hanno curato la raccolta *The Jurisprudence of Orthodoxy. Queen's University Essays on H.L.A. Hart* (Routledge, London & New York). Dopo la morte di Hart, avvenuta nel 1992, è stata data alle stampe la raccolta di saggi dedicata al *Postscript*, a cura di

Per capire la rilevanza della riflessione di Hart sul diritto basta guardare a due tra le numerose testimonianze che insistono sulla novità del suo contributo. Nella biografia che ha dedicato al pensiero, all'opera e alla vita di questo autore, Nicola Lacey descrive il cambiamento che egli ha introdotto nel campo della *jurisprudence* anglosassone come un vero e proprio mutamento di paradigma. Infatti, nei decenni precedenti all'elezione di Hart alla cattedra di Oxford, la *jurisprudence* insegnata in Gran Bretagna consisteva in un'arida ramificazione di analisi giuridiche di carattere tecnico. I problemi di carattere normativo relativi a quali scopi dovesse avere il diritto erano lasciati alla filosofia morale e alla filosofia politica. Secondo Lacey, l'opera di Hart fece irruzione nel cupo panorama della *jurisprudence* come una nuova alba: «a new dawn of intellectual enlightenment»<sup>2</sup>.

Lo stesso entusiastico giudizio è espresso nel necrologio pubblicato dal quotidiano *The Independent*, in cui Zenon Bankowski, professore di diritto presso la School of Law dell'Università di Edimburgo, dichiara che Hart ha ridato vita alla *jurisprudence*. Secondo Bankowski, *The Concept of Law* ha avuto un impatto così forte perché era il solo testo che affrontasse i problemi filosofici sollevati dal diritto: «per molti che lavoravano in quel campo, che fossero d'accordo con il valore del suo contributo o meno, era il primo esaustivo libro di vera filosofia del diritto che avessero letto»<sup>3</sup>.

Certamente simili descrizioni possono suonare un po' retoriche, ma descrivono perfettamente la metamorfosi avvenuta nel panorama anglosassone e, cosa più importante, all'interno

---

Jules Coleman, *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, pubblicato presso la Oxford University Press nel 2001, insieme agli atti del già citato convegno organizzato a Cambridge nel luglio 2007, curati da Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn ed Antony Hatzistavrou, *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy* per la Oxford University Press nel 2008. Da ultimo, vorrei segnalare il breve ritratto di Hart pubblicato sull'*Oxford Dictionary of National Biography*, ritratto che, se non aggiunge nulla alla conoscenza del filosofo britannico, è però significativo perché è stato composto da Tony Honoré, amico e collega di Hart.

<sup>2</sup> N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, cit., p. 4.

<sup>3</sup> Z. Bankowski, in «*The Independent*», 23 December 1992.

del paradigma del positivismo giuridico, di cui Hart è uno dei maggiori esponenti.

La ricerca che presento nelle pagine di questo libro muove in primo luogo dalla necessità di recuperare il pensiero di Hart nella sua completezza. Infatti, quando ho cominciato a leggere la letteratura critica su *The Concept of Law* ho avuto l'impressione che, nella maggior parte dei casi, mancasse un'attenzione reale per le questioni che Hart aveva effettivamente trattato. In particolare, mancava un'attenzione per l'opera di Hart *nel suo complesso*. La prospettiva da cui questa veniva e, per molti aspetti, viene ancora considerata, non tiene conto dei rimandi interni che si possono trovare tra i lavori di Hart: è come se i critici restassero prigionieri di *The Concept of Law* e di una lettura fuorviante di esso. *The Concept of Law* è spesso letto come se fosse l'unica opera scritta da Hart, e non vengono quasi mai presi in considerazione i saggi dati alle stampe nei vent'anni successivi, ripubblicati nelle due raccolte *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* ed *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, rispettivamente del 1982 e del 1983. Un caso esemplare di questo modo di procedere è rappresentato dall'analisi della posizione hartiana nel dibattito sui diritti soggettivi, all'interno del quale il filosofo di Oxford è presentato come un indiscusso sostenitore della *choice theory*<sup>4</sup>, la teoria che individua la funzione dei diritti soggettivi nella protezione della capacità di scegliere da parte di individui adulti e razionali. Come vedremo nel quinto capitolo di questo libro, benché Hart stesso, secondo quanto afferma nell'articolo *Are There Any Natural Rights?*, abbia visto nella *choice theory* la teoria più plausibile per la spiegazione della nozione di diritti soggettivi, in seguito ha espresso molti dubbi su questa teoria, sino a metterla in discussione nel saggio *Legal Rights* del 1973. Autori come Hillel Steiner, per fare solo un esempio, continuano tuttavia a riba-

---

<sup>4</sup> Gli unici ad aver messo in discussione l'appartenenza di Hart al novero dei sostenitori della *choice theory* sono Jeremy Waldron e Andrei Marmor: J. Waldron, *Can Communal Goods Be Human Rights?*, in «Archives européennes de sociologie», 27 (1987), pp. 296-321 (ripubblicato in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge UP, Cambridge 1993, pp. 339-369, p. 352) e *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford 1988, p. 95 sgg.; A. Marmor, *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16 (1997), pp. 1-18, p. 6.

dire l'appartenenza di Hart al novero dei sostenitori della *choice theory* senza tenere conto di tale cambiamento<sup>5</sup>.

Questa modalità di avvicinarsi all'opera di Hart ha trovato una solida sponda nel pensiero di Ronald Dworkin, che ha fatto di *The Concept of Law* il punto di partenza da cui sviluppare le proprie tesi sul diritto. Se certamente la lettura di Dworkin, come qualsiasi altra lettura, è contemporaneamente un'interpretazione e un tradimento del testo, sono convinta che ci troviamo di fronte a qualcosa di più di un problema ermeneutico. Ad esempio, è significativo che in uno degli ultimi articoli scritti sull'argomento, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*<sup>6</sup>, il filosofo americano tenga in ben poco conto le risposte di Hart alle sue obiezioni. Non le ha trovate convincenti, si dirà. Questo è possibile, anche se temo che Dworkin abbia scelto in modo disinvolto e non sempre onesto i passi hartiani contro cui indirizzare i propri strali.

Tuttavia, nelle pagine di questo libro non intendo trattare del rapporto tra Hart e Dworkin, né proporre una lettura "vera" di Hart da contrapporre a quella "falsata" di Dworkin. Lo scopo che indirizza la mia ricerca è un altro: cerco di restituire, per quanto possibile, una visione della riflessione di Hart che tenga in considerazione i presupposti teorici da cui egli è partito. Questa visione può emergere solo da una riconsiderazione complessiva del suo pensiero, punto di partenza imprescindibile per ogni interpretazione.

2. Nella prefazione al volume *Filosofi del diritto contemporanei*, Gianfrancesco Zanetti sostiene che Hart sia l'ultima grande figura di filosofo del diritto tradizionale e che la sua ri-

---

<sup>5</sup> Su questo punto si veda H. Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford 1994, insieme a *Working Rights*, in M.H. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford UP, Oxford 1998, fino al più recente *Are There Still Any Natural Rights?*, in M.H. Kramer, C. Grant, B. Colburn, A. Hatzistavrou (eds), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, cit., pp. 239-250.

<sup>6</sup> R. Dworkin, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 24 (2004), pp. 1-37, ripubblicato con il titolo leggermente modificato *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy* in Id., *Justice in Robes*, Belknap Press, Cambridge (Mass.) 2006, pp. 140-186.

flessione sul diritto sia la più raffinata versione del giuspositivismo classico. Inoltre, egli afferma che, mentre gli anni Settanta nascono sotto il segno di John Rawls, gli anni Sessanta appartengono indiscutibilmente a Hart che, con la pubblicazione di *The Concept of Law*, ha influenzato la selezione dei problemi e l'approccio metodologico della filosofia del diritto<sup>7</sup>.

Queste affermazioni mettono bene in luce l'importanza dell'opera di Hart, il quale è per molti aspetti un pensatore di transizione, ed è quindi molto difficile fornire una descrizione che, in bilico tra le nuove e le vecchie categorie, sappia restituire la dimensione del cambiamento che la sua riflessione ha portato nel campo della filosofia del diritto: sono molti gli indizi che portano a sostenere che il frantumarsi della classica tripartizione tra giuspositivismo, giusnaturalismo e giusrealismo, che si tende a riconoscere nel "dopo Hart", sia evidente già negli scritti del filosofo britannico.

Hart elabora la propria proposta teorica in opposizione all'imperativismo e al realismo giuridico, da una parte, e al giusnaturalismo, dall'altra. Egli ripensa la normatività del diritto nei termini di regole sociali, e distingue tra la prospettiva del partecipante alla pratica giuridica, il punto di vista interno, e la prospettiva dell'osservatore, il punto di vista esterno. Secondo Hart, è impossibile comprendere tutti i tipi di struttura sociale senza tenere conto di queste due prospettive. Diventa quindi importante tracciare le linee di confine che separano il diritto dalla coercizione e dalla moralità, fenomeni sociali diversi anche se connessi tra loro.

La novità della riflessione filosofica di Hart consiste nell'aver pensato le regole giuridiche come *guida* e *giustificazione* per l'azione: «l'aspetto predittivo della regola (benché sufficientemente reale) è irrilevante, mentre la sua qualità di guida e giustificazione è essenziale. [...] Così, diciamo che rimproveriamo o puniamo una persona *perché* ha violato la regola, e non soltanto che era probabile che noi l'avremmo rimproverata o punita»<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina, Milano 1999, p. X.

<sup>8</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Second Edition with *Postscript*, 1994, p. 11. Per una bibliografia completa delle opere di Hart rimando a S.L. Paulson, *A Bibliography of H.L.A. Hart*, in «Ratio Juris», 8 (1995), pp. 397-406.



Inoltre, uno degli aspetti che ho sempre trovato più interessanti e stimolanti è la sua proposta di ripensare il fondamento dell'autorità del diritto o, per dirla con il lessico della filosofia politica, della dialettica fondativa tra norma e potere.

In opposizione al realismo giuridico e all'imperativismo, dunque, Hart insiste sul fatto che le regole del diritto sono ragioni dotate di autorità per agire in un modo piuttosto che in un altro, fissando gli standard per la valutazione e la critica del comportamento umano<sup>9</sup>. Pensando il diritto come un sistema normativo, la *jurisprudence* analitica di Hart si appropria di motivi caratteristici della teoria generale del diritto continentale e li ridefinisce all'interno della tradizione angloamericana inaugurata da Bentham e Austin<sup>10</sup>. Inoltre, proprio in opposizione alla dottrina imperativistica del diritto, che fa coincidere le regole giuridiche con un insieme di ordini sostenuti da minacce, Hart introduce una distinzione fondamentale tra regole primarie che impongono obbligazioni o doveri, e regole secondarie che conferiscono poteri: nella combinazione di questi due tipi di regole individua la chiave per la comprensione del diritto.

Come abbiamo detto, Hart inaugura una nuova stagione nello studio e nell'analisi della *jurisprudence* di lingua inglese, riorganizzando e ripensando la riflessione sul diritto. Gilbert

---

<sup>9</sup> Nel suo recente libro *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti* (ETS, Pisa 2010, p. 98) Aldo Schiavello, riprendendo un'osservazione di Gerald Postema, fa notare che «uno dei meriti principali della teoria del diritto di Hart [...] è quello di avere almeno tentato di spiegare, e conciliare tra loro, due intuizioni sulla pratica giuridica apparentemente irrelate. La prima intuizione è che la nozione di diritto ha una dimensione eminentemente pratica; il diritto, in altri termini, gioca un ruolo nella deliberazione pratica, ci dice come dobbiamo comportarci. La seconda intuizione è che il diritto è un fenomeno sociale, un insieme di pratiche, testi ed istituzioni, che può essere studiato da osservatori esterni e distaccati. In breve, il problema è dato dal fatto che le due intuizioni si pongono su piani diversi – la prima sul piano del dover essere, la seconda sul piano dell'essere – che è difficile mettere in relazione senza ingenerare il sospetto di violare la legge di Hume. [...] Hart, proponendo una spiegazione della normatività del diritto che riposa, almeno in una certa misura, sull'esistenza di una pratica, indica un percorso promettente per conciliare queste due intuizioni».

<sup>10</sup> M. Barberis, *Diritto: com'è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, in «Ragion pratica», 21 (2003), pp. 325-345, p. 327.

Ryle, a proposito della propria opera *The Concept of Mind*, pubblicata nel 1949, scrive: «questo libro presenta una teoria della mente. Ma non dà nuove informazioni sulla mente. [...] Le argomentazioni filosofiche qui esposte non intendono accrescere la nostra conoscenza sulla mente, bensì rettificarne la geografia logica»<sup>11</sup>. Non solo il titolo dell'opera di Hart è una chiara eco del titolo del volume di Ryle, ma l'impostazione teorica sembra richiamarlo molto da vicino: anche di *The Concept of Law* si potrebbe dire che ha l'obiettivo di ristabilire la geografia logico-semanticamente della nostra conoscenza del diritto. Non a caso, Hart sostiene che ci sia un divario tra l'interminabile dibattito intorno alla natura del diritto e la capacità della maggior parte delle persone di citare esempi di leggi: solo attraverso la riorganizzazione delle conoscenze sul diritto possiamo sperare di ricomporre questa frattura.

Hart introduce il tema di *The Concept of Law* affermando che «poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani, e perfino paradossali come la questione "Che cos'è il diritto?"»<sup>12</sup>. Egli cerca di rispondere a questa domanda a partire da un'indagine intorno al concetto di diritto, convinto dell'insufficienza di qualsiasi tentativo di definirlo. Come vedremo meglio nel capitolo di questo libro *Responsabilità e pena*, benché riconosca che la ricerca della definizione *per genus et differentiam* sia una pratica rassicurante perché permette di riportare fenomeni sconosciuti o non ben definiti e definibili all'interno di un ordine conosciuto, Hart non crede che sia utile per individuare un fenomeno sociale come il diritto. Infatti, non è chiaro quale sia il *genus* cui esso appartiene, né quale sia la sua *differentia* rispetto a fenomeni sociali che hanno caratteristiche molto simili, come ad esempio la moralità<sup>13</sup>. In entrambi i casi, è in gioco l'individuazione dell'elemento costitutivo o degli elementi costitutivi [constitutiveness] del diritto. Dunque, la riflessione intorno al concetto di diritto proposto

---

<sup>11</sup> G. Ryle, *The Concept of Mind*, Hutchinson's University Library, London 1949; trad. it. *Il concetto di mente*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 3.

<sup>12</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 1.

<sup>13</sup> Cfr. *ivi*, pp. 13-17.

da Hart presuppone un altro tipo di indagine, che non conduce alla stipulazione di una definizione.

Vorrei far notare che il rifiuto della definizione come strumento di analisi concettuale deriva anche dall'idea che, in fondo, ci sia un legame tra questa e il riduzionismo inteso come esito di un processo di spiegazione che tenta di ricondurre ad elementi semplici una pratica che in realtà è più complessa. Come vedremo, Hart ritiene che Austin e Kelsen abbiano dovuto pagare un prezzo per la semplicità cui sono arrivati nella definizione del concetto di diritto, dal momento che hanno finito per distorcere le differenti funzioni sociali che sono il prodotto dei diversi tipi di regole giuridiche<sup>14</sup>. Non solo. L'anti-riduzionismo di Hart implica una forma di anti-essenzialismo: benché nella maggior parte dei casi sia possibile individuare delle forme e delle caratteristiche centrali di ciò che chiamiamo "sistema giuridico", Hart mette in luce il fatto che si diano anche dei casi-limite e delle situazioni che definiremmo giuridiche per analogia, nei quali tuttavia non è improprio parlare di diritto. In altre parole, per il filosofo britannico non esiste l'essenza di ciò che chiamiamo diritto, e il fatto di comprendere i caratteri fondamentali non ci dà la chiave per comprendere tutte le generalizzazioni che si possono fare a proposito dei sistemi giuridici<sup>15</sup>. Hart parla di essenza del diritto solo in senso analogico, per indicare la funzione che questo termine svolge nel processo di chiarificazione concettuale del concetto. A mio avviso, è da intendere in questo senso l'affermazione di Hart secondo la quale l'essenza del diritto si trova nell'unione di regole primarie e secondarie. Infatti, in modo significativo, egli sostiene che essa è la chiave di comprensione del diritto «anche se è possibile che non si trovino sempre insieme dovunque la parola "diritto" sia usata correttamente. La nostra giustificazione per assegnare questo posto centrale all'unione di regole primarie e secondarie non è che esse svolgeranno il lavoro di un dizionario, ma che hanno un grande potere di spiegazione [explanatory power]»<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. *ivi*, p. 38.

<sup>15</sup> Su questo punto si veda l'illuminante saggio di Leslie Green, *The Concept of Law Revised*, in «Michigan Law Review», 94 (1996), pp. 1687-1717, p. 1692.

<sup>16</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 155, corsivo mio.

In altre parole, è possibile stabilire un uso corretto del termine “diritto”, anche se non troviamo, come nel diritto internazionale o nel diritto primitivo, l’unione di regole primarie e secondarie, vale a dire l’elemento che abbiamo riconosciuto come l’essenza del diritto. Come può essere? Penso che una risposta sia che ciò è possibile perché diventa importante analizzare il modo in cui *usiamo* tale concetto, perché una simile analisi ci aiuta a mettere in evidenza le relazioni che stabiliamo con la realtà che abbiamo di fronte, dove per realtà intendo una complessa rete di eventi, fatti, valori, istituzioni, pratiche. In questo senso, ha ragione Peter Strawson quando sostiene che «le analogie che seducono il filosofo non sono, in generale, fantasie private; esse hanno le loro radici nel nostro pensiero ordinario, e si rivelano in modo praticamente privo di conseguenza ma riconoscibile nel nostro linguaggio ordinario – sia nella sua struttura sintattica sia nelle metafore seppellite nelle parole e nelle frasi»<sup>17</sup>. Di conseguenza, si dà un *uso corretto* di un concetto senza che questo concetto debba essere ridotto a una definizione per essere compreso e usato. Per usare ancora le parole di Strawson, «osservare i nostri concetti in azione è necessariamente l’unico modo per sapere ciò che essi possono o non possono fare»<sup>18</sup>. Da questo punto di vista, Hart è davvero uno dei rappresentanti più significativi della scuola di Oxford che fa dell’analisi del linguaggio ordinario il punto di partenza dell’indagine filosofica<sup>19</sup>.

Nel rifiuto della definizione come strumento di chiarificazione concettuale si misura un’altra significativa presa di distanza dal giuspositivismo classico. Benché Hart ammetta di aver trovato nell’analisi giuridica di Jeremy Bentham lo spunto per la critica alla pratica definitoria, tuttavia la sua proposta teorica, elaborata prima nella lezione inaugurale alla cattedra di *jurisprudence*, tenuta da Hart nel 1953 a Oxford,

---

<sup>17</sup> P.F. Strawson, *Analysis, Science, and Metaphysics*, in R. Rorty (ed. by), *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method with Two Retrospective Essays*, The University of Chicago Press, Chicago 1992, pp. 312-320, p. 319.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Su questo punto si veda M. Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, cit., in particolare il quarto capitolo.

*Definition and Theory in Jurisprudence*<sup>20</sup>, e successivamente in *The Concept of Law*, procede lungo percorsi articolati che danno origine ad un metodo di analisi del fenomeno giuridico significativamente diverso da quello che, come ho ricordato all'inizio, era insegnato sino a quel momento nelle cattedre di *jurisprudence*.

Per comprendere l'impianto complessivo dell'opera hartiana è utile leggere un passo del *Postscript* a *The Concept of Law*, pubblicato da Penelope Bulloch e Joseph Raz nel 1994, a due anni dalla scomparsa di Hart. Il *Postscript* è pensato dall'autore come una lunga e circostanziata risposta alle critiche che, negli anni, il testo ha sollevato. In particolare, egli è preoccupato di difendere le proprie tesi sul diritto dalle accuse che gli sono state rivolte da Ronald Dworkin, suo successore sulla cattedra di *jurisprudence* dell'Università di Oxford, posizione che Hart ricopre dal 1952 al 1968, quando decide di ritirarsi per dedicarsi al lavoro di *editor* delle opere di Jeremy Bentham. Rispondendo alle critiche di Dworkin, Hart sostiene che lo scopo del diritto *non* è quello di giustificare l'uso della coercizione:

mentre la teoria giuridica interpretativa di Dworkin in tutte le sue forme si basa sul presupposto che il senso e lo scopo del diritto e della prassi giuridica consista nel giustificare la coercizione, certamente non è, e non è mai stata, la mia idea che il diritto abbia questo senso e questo scopo. [...] In realtà, io penso che sia del tutto vano cercare qualsiasi altro scopo specifico del diritto oltre a quello di stabilire una guida della condotta umana e degli standard per la critica di tale condotta. [...] La coazione giuridica, per quanto certamente in sé importante, è una funzione secondaria<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *Definition and Theory of Jurisprudence*, in «Law Quarterly Review», 10 (1954), ripubblicato in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 21-48. Su questo punto si veda il saggio di Hart, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, in F. Wieacker, C. Wollschläger (hrsg. von), *Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Vanderhoeck & Ruprecht Verlag 1970, ripubblicato in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 265-277.

<sup>21</sup> H.L.A. Hart, *Postscript*, in *The Concept of Law*, cit., pp. 238-276, p. 249.

A questo proposito, Hart ha forse in mente qualcosa di molto vicino alla nozione di *ordine spontaneo* di cui parlerà Friedrich von Hayek, vale a dire un ordine per il quale, non essendo stato deliberatamente creato, non si può sostenere che abbia uno scopo particolare «sebbene la nostra consapevolezza della sua esistenza possa essere estremamente importante affinché possiamo perseguire con successo una grande varietà di scopi differenti»<sup>22</sup>. Mi pare sia utile distinguere lo scopo del diritto dalla sua funzione nel senso in cui li distingue il filosofo austriaco quando sostiene che quest'ultima «possa essere svolta [performed] senza che la parte che agisce sappia quale scopo [purpose] serva [serve]»<sup>23</sup>.

A mio avviso, dall'affermazione che il diritto non abbia alcuno scopo specifico dipendono diverse considerazioni che rendono l'opera di Hart particolarmente interessante. In primo luogo, il problema delle sanzioni, che per tutti i positivisti giuridici è una questione centrale da risolvere, diventa secondario<sup>24</sup>. In secondo luogo, il diritto viene considerato un fenomeno eminentemente politico, poiché svolge una funzione di coordinamento e di controllo di alcuni aspetti della vita sociale che, a sua volta, non può essere considerata un fenomeno neutro, ma impone il riconoscimento di un fondamento plurale e conflittuale degli interessi e delle opzioni teoriche che si strutturano nella vita sociale stessa. In terzo luogo, come ha messo in luce Leslie Green, il diritto è una costruzione sociale che ha le radici nella storia in modo del tutto peculiare: «il fatto che ci sia il diritto segue interamente dallo sviluppo della società umana, uno sviluppo che possiamo comprendere, e il contenuto di sistemi giuridici particolari è una conseguenza di ciò che le persone nel corso della storia hanno detto e fatto. Inoltre, anche la normatività del diritto, il suo carattere di guida dell'azione [action-guiding] e di valutazione dell'azione [action-appraising] è una

---

<sup>22</sup> F. von Hayek, *Law, Liberty and Legislation*, Routledge, London & New York 1982; trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 1986 p. 52.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 28.

<sup>24</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 38.

costruzione sociale che deve essere compresa come una funzione delle azioni delle persone e delle loro reazioni critiche al comportamento degli altri [...]. Hart teorizza il diritto come una costruzione sociale, ma come una costruzione che emerge in un ambito di realtà non costruita [unconstructed reality] che include anche alcuni vincoli non costruiti [unconstructed constraints] della condizione umana»<sup>25</sup>.

Da ultimo, se è vero che il diritto è una costruzione politica e storica, e che le regole giuridiche forniscono una guida e una giustificazione del comportamento attraverso ragioni, allora è vero che simili ragioni non hanno un carattere esclusivamente morale. Non solo Hart distingue, in molte parti della sua opera, e specialmente nell'articolo del 1955 *Are There Any Natural Rights?*, diversi ambiti o sfere della moralità, ma mantiene anche separato, nella sua teoria dell'obbligazione politica, l'ambito della politica dall'ambito della morale. Di conseguenza, come vedremo trattando la dottrina del contenuto minimo del diritto naturale, il problema del rapporto tra diritto e moralità si caratterizza come un problema distinto da quello del rapporto tra sistema giuridico e moralità. Ecco perché Hart ribadisce la necessità di mantenere separata la questione della validità delle regole di un sistema giuridico da quella dell'obbedienza al diritto.

Ora, mentre l'individuazione di regole primarie e secondarie, il ripensamento del diritto in termini di regole sociali, e molti altri aspetti della riflessione hartiana, sono certamente tipici del positivismo giuridico, benché non ne siano tratti distintivi *per sé*<sup>26</sup>, la sua riflessione sul diritto si caratterizza come

---

<sup>25</sup> L. Green, *The Concept of Law Revised*, cit., p. 1691.

<sup>26</sup> In questo senso si esprime, in modo forse un po' *tranchant*, Frederick Schauer nella recensione della bibliografia su Hart scritta da Nicola Lacey, intitolata *(Re)Taking Hart* (in «Harvard Law Review», 119 (2006), pp. 852-883, pp. 876-877): «il ruolo e l'importanza del positivismo giuridico nell'opera di Hart è stato spesso esagerato. [...] Ovviamente, Hart lavorava all'interno di un *milieu* positivista, e non si può negare che la sua prospettiva fosse positivista ma, sorprendentemente, poche delle idee di *The Concept of Law* dipendono dal fatto che fosse positivista. [...] Il fatto che queste idee possano essere usate come supporto al positivismo non le rende parte di una prospettiva positivista». Per una replica a Schauer si veda W. Twining, *Schauer on Hart*, in «Harvard Law Review Forum», 119 (2006), pp. 122-130.

positivista in senso forte perché egli fa della necessità di mantenere separati diritto e moralità uno dei cardini del proprio pensiero. Infatti, se lo scopo principale delle riflessioni filosofiche intorno al diritto è di rispondere alla domanda “Che cos’è il diritto?”, pur nella diversità e pluralità di approcci, i giuspositivisti sostengono che la risposta debba essere trovata nella tesi che l’esistenza del diritto dipende dall’esistenza di determinati *fatti sociali*. Per usare le parole di John Austin,

l’esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un’altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo di indagine; se esso si conformi o meno ad uno standard assunto costituisce un altro tipo di indagine. Una legge che effettivamente esista è tale anche quando non ci piaccia o sia difforme dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione<sup>27</sup>.

Dunque, ciò che caratterizza il positivismo giuridico è l’idea che, per decidere dell’esistenza di un sistema giuridico, dobbiamo guardare ai fatti sociali, alla presenza di particolari strutture e istituzioni, non ai meriti che potrebbe o dovrebbe avere. Come chiarisce Neil MacCormick,

l’atteggiamento corretto nei confronti del diritto è quello che riconosce che l’esistenza del diritto dipende da fatti sociali complessi, e che sostiene che tutte le leggi sono sempre aperte alla critica morale dal momento che non c’è nessun fondamento concettuale per supporre che il diritto com’è e il diritto come deve essere coincidano<sup>28</sup>.

Se è vero che il diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un’altra, allora il diritto è separato o, almeno, separabile, dalla moralità, e non si dà alcuna connessione necessaria tra i due. Nel saggio del 1958 *Positivism and the Separation of Law and Morals*<sup>29</sup>,

---

<sup>27</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by H.L.A. Hart, (original edition 1832), Weidenfeld and Nicholson London 1954; trad. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, il Mulino, Bologna 1995, p. 228.

<sup>28</sup> N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, cit., p. 36.

<sup>29</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review» 71 (1958), pp. 593-629, ripubblicato in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 49-87.



raccogliendo l'eredità di Austin e di Bentham, Hart propende per la *separation thesis*, la tesi della separazione tra diritto e moralità, e dichiara che diritto e moralità sono concettualmente distinti<sup>30</sup>.

La tesi secondo cui l'esistenza del diritto dipende da fatti sociali, e non dal fatto che riproduca e soddisfi ideali di giustizia o di vita buona, comporta una rivisitazione della tradizionale concezione del rapporto tra diritto positivo e diritto naturale. Se la tesi dei fatti sociali riguarda principalmente il modo in cui si pensa la connessione tra fatti e regole, tra fatti e valori, allora essa è compatibile con un'ampia gamma di posizioni teoriche che interpretano in modo diverso questa specifica relazione. In altre parole, la riformulazione del problema dell'esistenza del diritto in termini di fatti sociali ha importanti conseguenze sul modo di pensare la relazione tra diritto positivo e diritto naturale. Non a caso, molti sostenitori contemporanei del diritto naturale sarebbero disposti a sottoscrivere la tesi dei fatti sociali, seguendo la strada aperta nel 1980 con la pubblicazione di *Natural Law and Natural Rights* da John Finnis che, insieme a Germain Grisez e Joseph Boyle e, più di recente, a Robert P.

---

<sup>30</sup> Vorrei limitarmi a segnalare che, a partire da questa tesi hartiana, alcuni studiosi hanno sviluppato quella che viene chiamata *separability thesis*, la tesi della separabilità. Tra questi, in particolare Jules Coleman ha sostenuto che la condizione necessaria e sufficiente non è che diritto e morale siano separati, ma che siano, almeno in linea teorica, distinguibili e separabili: J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in «Journal of Legal Studies», 11 (1982), pp. 139-164. Coleman ha tuttavia parzialmente rivisto la propria posizione in *Beyond Inclusive Legal Positivism*, in «Ratio Juris», 22 (2009), pp. 359-394. La letteratura critica sul tema della separazione tra diritto e morale è molto vasta, e non sarebbe possibile fornire qui un resoconto esaustivo. Tuttavia, rimando almeno ad A. Marmor, *The Separation Thesis and the Limits of Interpretation*, in Id., *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford 2001, pp. 71-87. Benché alcuni studiosi, tra i quali mi limito a segnalare J. Gardner (*Legal Positivism: 5½ Myths*, in «American Journal of Jurisprudence», 46 (2001), pp. 199-277, specialmente pp. 222-225), non ritengano decisiva la tesi della separazione, di recente è stata ribadita la sua importanza in N. MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford UP, Oxford, 2007; N. Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford UP, Oxford 2007; M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge UP, Cambridge 2007. In ambito continentale, Robert Alexy (*Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber Verlag, Freiburg im Breisgau-München 1992; trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997) ha ripreso la critica del diritto positivo, argomentando in favore di una connessione necessaria tra diritto e giustizia.

George, per fare solo alcuni nomi, è considerato l'ispiratore della *New Natural Law Theory*<sup>31</sup>. Questi autori non sono contrari a riconoscere che il diritto dipenda da fatti sociali. Il punto è, piuttosto, che la loro teoria diverge da quella di Hart proprio sull'individuazione della funzione del diritto<sup>32</sup>, che dovrebbe fornire standard di ragionevolezza pratica a partire da principi e valori che trovano una giustificazione in una ben precisa idea di natura umana.

---

<sup>31</sup> J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980; trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino 1996, p. 19: «una valida teoria della legge naturale è quella che esplicitamente [...] intraprende una critica dei punti di vista pratici al fine di distinguere il praticamente irragionevole dal praticamente ragionevole [...]. Una teoria della legge naturale sostiene di essere in grado di identificare condizioni e principi di retta disposizione pratica, di buono e giusto ordine tra gli uomini e nella condotta individuale. Se questa pretesa è infondata, la giurisprudenza analitica in particolare e (almeno in gran parte) le scienze sociali in generale non possono avere criteri criticamente giustificati per la formazione di concetti generali, e devono accontentarsi di non essere altro che esposizioni dei vari concetti tipici dei popoli particolari e/o dei singoli teorici che si occupano di quei popoli. [...] Quest'impresa non può procedere con sicurezza senza una conoscenza dell'intero spettro delle umane possibilità e opportunità, inclinazioni e capacità, una conoscenza che richiede l'assistenza della scienza sociale descrittiva e analitica. Esiste dunque una mutua, anche se non del tutto simmetrica, interdipendenza tra il progetto di descrivere le cose umane per via teoretica e il progetto di valutare le scelte umane con l'occhio rivolto, almeno remotamente, all'agire buono e ragionevole». Per una buona introduzione a questo tema si può fare riferimento a B. Bix, *Natural Law: the Modern Tradition*, in J. Coleman, S. Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford UP, Oxford 2002, pp. 61-103, insieme alla voce *Natural Law Theories* curata da John Finnis per la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>).

<sup>32</sup> Nella prefazione a *The Concept of Law* Hart ha affermato che il suo libro, anche se è principalmente un'opera di *analytical jurisprudence*, può essere letto anche come un saggio di *sociologia descrittiva*. Per evitare confusioni, ritengo sia necessario chiarire che con l'espressione "funzione del diritto" non intendo sostenere che Hart sia un esponente della corrente funzionalista in ambito sociologico. Come spero risulterà chiaro nel corso della lettura di questo libro, la mia idea è che egli ritenga che, da un punto di vista conoscitivo, non si possa, o non si possa sempre, prescindere dall'analisi degli scopi e dei fini che il diritto, le regole giuridiche e le istituzioni, sembrano realizzare in modo più o meno esplicito. Questo non implica, a mio avviso, che egli condivida anche il funzionalismo sociologico.

Secondo alcuni studiosi<sup>33</sup>, Hart avrebbe tuttavia compromesso la tesi della separazione tra diritto e moralità con l'elaborazione di quella che egli chiama la dottrina del contenuto minimo del diritto naturale: con questa teoria, esposta nel nono capitolo di *The Concept of Law*, intitolato *Laws and Morals*, Hart propone di riconsiderare alcuni aspetti che hanno caratterizzato la tradizione giusnaturalista. Come vedremo nel secondo capitolo di questo libro, nel diritto e nella moralità si possono individuare dei principi di condotta universalmente riconosciuti e fondati su alcune verità fattuali che riguardano gli esseri umani, il loro ambiente naturale e i loro scopi: questi principi, sostiene Hart, costituiscono il contenuto minimo del diritto naturale. Egli riconosce una componente teleologica nel modo in cui gli esseri umani pensano e si esprimono, e individua nella sopravvivenza un fine minimo cui essi generalmente tendono. La presupposizione che la sopravvivenza sia il fine degli esseri umani si basa sulla constatazione di un *fatto contingente*: mentre per la dottrina classica del diritto naturale il fine dell'essere umano è specificato da alcune verità che devono essere scoperte dalla ragione, per Hart questo fine è collegato alla sfera dei fatti biologici e alla considerazione del mondo in cui gli esseri umani si trovano a vivere. Hart argomenta che, partendo da ovvie generalizzazioni, che egli chiama "truismi", riguardanti la natura umana e il modo in cui vivono gli esseri umani, è possibile sostenere che ogni organizzazione sociale debba contenere certe regole di condotta, senza le quali sarebbe impossibile garantire lo scopo della sopravvivenza.

È chiaro che, almeno in base ad una prima considerazione, la dottrina del contenuto minimo del diritto naturale rappresenta un problema. Infatti, anche se, come io credo, non mette in discussione la tesi della separazione, è vero che costituisce uno "scandalo" all'interno del paradigma giuspositivista. Così, questa dottrina ha finito per essere volutamente messa da parte: usata contro Hart dai detrattori del positivismo giuridico, è stata trattata dai suoi sostenitori come un inciampo teorico da dimenticare.

---

<sup>33</sup> Tra questi, mi limito a segnalare W.T. Blackstone, *The Relationship of Law and Morality*, in «Georgia Law Review», 9 (1977), pp. 1359-1391.

In realtà, la dottrina del contenuto minimo gioca un ruolo fondamentale nella chiarificazione del concetto di diritto e, di conseguenza, ha importanti ripercussioni anche sulla concettualizzazione dei problemi che Hart affronta negli anni successivi alla pubblicazione di *The Concept of Law*. Mi riferisco in particolare ai saggi di *Law, Liberty, and Morality*, pubblicati nel 1963, e ai saggi della raccolta *Punishment and Responsibility*, data alle stampe nel 1968, nei quali affronta, rispettivamente, il tema dell'imposizione giuridica della moralità e il tema della giustificazione della pena, a sua volta legato al problema dell'individuazione dei criteri della responsabilità. A mio avviso, è già di per sé significativo il fatto che Hart abbia trattato della dottrina del contenuto minimo del diritto naturale nel capitolo *Laws and Morals*, e non nel capitolo *Justice and Morality*, dove sembrerebbe più ovvio collocarla se questa riflessione si inserisse nel solco della riflessione tradizionale sul diritto naturale.

In *Justice and Morality* Hart tratta della giustizia, intesa come un segmento della moralità, e dei criteri che distinguono le regole morali dalle altre regole sociali. Come si vedrà più avanti, questi quattro criteri, vale a dire importanza, immunità da cambiamento deliberato, carattere volontario delle offese morali, forma di pressione sociale, che si trovano sempre nei principi, nelle regole o negli standard di condotta che chiamiamo morali, riflettono differenti aspetti della funzione che tali standard svolgono [perform] nella vita sociale o nella vita dei singoli individui. A giudizio di Hart, solo questa funzione ci permette di giustificare ciò che possiede tali caratteristiche come qualcosa di separato dal diritto, da usare eventualmente per una comparazione e una valutazione di questo<sup>34</sup>. Inoltre, questi criteri sono *formali* nel senso che «non si riferiscono direttamente a qualche contenuto necessario che le regole o gli standard devono avere per essere morali, e non si riferiscono nemmeno a qualche scopo [purpose] che devono servire [serve] nella vita sociale»<sup>35</sup>.

L'indagine intorno alla giustizia e alla moralità, e ai criteri che contraddistinguono le regole morali dalle altre regole sociali, in

---

<sup>34</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 168.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 181.

particolare da quelle giuridiche, si distingue dall'indagine intorno ai differenti sensi e modi in cui si può dire che le regole giuridiche e quelle morali siano legate: come Hart afferma all'inizio del capitolo *Laws and Morals*, «ci sono molti differenti tipi di relazione tra diritto e moralità e non c'è niente che possa essere individuato proficuamente come la relazione tra essi»<sup>36</sup>.

A mio avviso, mentre l'indagine intorno ai primi due punti è un'indagine sulla *funzione* che la moralità svolge all'interno della vita sociale e individuale, la seconda riguarda l'analisi del contenuto di particolari regole morali e giuridiche. La dottrina del contenuto minimo del diritto naturale costituisce una riflessione che articola il rapporto tra il primo tipo di indagine e il secondo, tra criteri formali e contenuto delle regole.

Mi pare che si possa fare anche un'altra considerazione. Se la giustizia non coincide con la moralità, e se diritto e moralità hanno qualche connessione, allora non sempre il parametro per valutare una legge è quello della conformità ad un ideale di giustizia, dal momento che essa può essere giudicata anche in base ad altri valori morali. D'altra parte, Hart sostiene che la giustizia è la più pubblica e la più giuridica delle virtù, perché non riguarda la condotta individuale ma il modo in cui vengono trattate *classi* di individui. Il fatto di essere una virtù pubblica e giuridica conferisce alla giustizia una speciale rilevanza nella critica del diritto e delle istituzioni sociali e pubbliche<sup>37</sup>. Il problema della giustizia, come quello della moralità in generale, è che, sostiene Hart, esse hanno una considerevole area di vaghezza o *open texture*, e non c'è accordo sullo *status* di tali principi morali<sup>38</sup>. Dunque, se siamo in grado di individuare, anche attraverso la considerazione della rilevanza nell'uso ordinario, i criteri che distinguono le regole morali dalle altre regole sociali, non è però possibile trovare un contenuto di tali regole che ci permetta di identificarle con assoluta certezza come morali. Lo stesso discorso vale, almeno in parte, per le regole giuridiche. Se guardiamo al contenuto siamo in grado di risalire solo ad un insieme di proibizioni che coincidono con le regole prima-

---

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 185.

<sup>37</sup> Cfr. *ivi*, p. 167.

<sup>38</sup> Cfr. *ivi*, p. 168.

rie, senza la possibilità di riportarle all'interno di un sistema. La fondamentale differenza è che mentre le regole giuridiche, al di là del contenuto, possono essere ricondotte alla regola di riconoscimento, che dà la possibilità di individuarle appunto come giuridiche, le regole morali non possono essere ricondotte ad alcuna regola secondaria di riconoscimento. Quindi, la differenza sostanziale sta nell'esistenza della regola di riconoscimento che stabilisce i criteri di validità delle singole regole appartenenti al sistema. Non a caso, infatti, Hart sostiene che il sistema giuridico nasce quando, attraverso le regole secondarie, il diritto si stacca dalla moralità e diventa un sistema autonomo.

Il contenuto minimo comune al diritto e alla moralità ha a che fare con la funzione che essi svolgono quando si tratta di imporre un insieme di regole primarie che, vincolate ai truismi, alle verità ovvie relative al modo in cui gli essere umani e il mondo in cui vivono sono fatti, determinano obbligazioni e doveri, come quelli di astenersi dalla violenza o di mantenere le promesse. Quando si introducono le regole secondarie, che servono a modificare le regole primarie, allora diritto e moralità si separano in modo evidente, dando origine a due sistemi differenti di controllo e di guida del comportamento umano. I sistemi che nascono sono riconducibili l'uno al sistema giuridico, l'altro al sistema di moralità positiva, o accettata, o convenzionale, di cui parla Hart, che è un fenomeno sociale analogo al diritto positivo. Come vedremo nel quarto capitolo di questo libro, alla moralità positiva si affianca e si contrappone la moralità critica. Penso che il concetto di moralità critica individuato da Hart svolga una funzione di critica del sistema di moralità positiva simile a quella che il concetto di diritto svolge nei confronti del sistema giuridico.

La cerniera che collega la critica del sistema giuridico e quella del sistema di moralità positiva è la giustizia, che è appunto la più pubblica e giuridica delle virtù. Se è vero che non c'è un modo per individuare principi di giustizia stabili, certi e riconoscibili da tutti, possiamo almeno rifarci alla funzione che il diritto e la moralità svolgono nella società.

Vorrei solo far osservare che simili considerazioni sullo statuto e il ruolo della giustizia nell'organizzazione sociale costituiscono una chiara eco di ciò che sarà teorizzato un decennio più tardi da John Rawls in *A Theory of Justice*. Ma questa è un'altra storia.