

## IMPERATIVISMO

### CONTESTO STORICO:

Per capire chi è Hart, bisogna capire che come Kelsen è un autore che cerca di innovare la filosofia del diritto positivista.

Kelsen è un autore positivista dentro il contesto della codificazione continentale, che ha lo scopo di contestare molti postulati della teoria del diritto a lui contemporanea, dicendo che gli sforzi di tutti i teorici non escono dal prisma del giusnaturalismo: sono ancora ideologiche e poco teoriche.

Hart ha scritto il nostro libro nel 1960, distanziandosi di un anno dall'opera di Kelsen. Quando si parla di Hart, si parla di un autore annoverato da tutti i manuali come un autore post-positivista (nonostante lui si consideri un positivista).

Hart non è un positivista ortodosso, è uno strano positivista, per questo chiamato **post-positivista**.

➤ **Prima cosa** che accomuna Kelsen e Hart è che sono in disaccordo con le teorie positivistiche dei loro tempi:

- **Analytical jurisprudence** (teoria del diritto analitica): molto contestata da Hart.

➤ **Seconda cosa** è che entrambi sono **normativisti**.

- **L'istituzionalismo**, idea opposta al normativismo, è l'idea che concepisce l'ordinamento giuridico come organizzazione di istituzioni.

Ci sono autori come Schmitt, che dicono per l'appunto che non è affatto detto che il diritto coincida con le norme (normativismo) ma può coincidere anche con le istituzioni, il che significa che se anche vi sono forme di diritto codificate, esse si affiancano alle altre forme di diritto presenti dentro la società (ex: sindacati sono istituzioni che si affiancano alle codificazioni, contendendosi il campo "diritto").

Schmitt è l'anti-normativista per eccellenza, secondo cui nelle situazioni di emergenza l'ordinamento giuridico non funziona (chiamasi "Stato di eccezione").

Un esempio è quando Bush disse, dopo il 11/9, di sospendere lo stato di diritto, per difendersi dai talebani.

Hart si afferma come normativista nel contesto inglese per **contrastare** la tendenza tipica della teoria del diritto inglese: **l'imperativismo**.

Quindi Kelsen si scaglia contro la sovranità in ambito continentale e Hart si scaglia contro l'imperativismo, comparso sulla scena inglese, che ha un significato molto differente dal normativismo (che è solo uno dei possibili modi per essere positivista).

La famosa analytical jurisprudence, teoria del diritto contro la quale si scaglia, è la teoria del diritto dell'imperativismo (questo è il positivismo giuridico inglese, con Hart e prima di Hart).

Il nostro manuale chiama giuspositivismo inclusivo il positivismo di Hart, che sarà poi spiegato meglio da lui stesso, anche se lui non lo chiama così.

### NEL VIVO... L'IMPERATIVISMO

*Che cos'è l'imperativismo (e l'analytical jurisprudence)?*

**Hobbes**, quando parliamo del contrattualismo, ne parliamo solo attraverso di lui.

Il vero paradigma del contrattualismo è Hobbes, che dice che i soggetti sono uguali in natura, e sono resi uguali dal possesso di un diritto a tutto (alla vita).

Quel potere originario (diritto naturale alla vita) che in quanto ci rende uguali, ci mette anche in una condizione di parità per poter stipulare un contratto, tramite il quale si deciderà tra eguali, moralmente eguali (stessi diritti). A questo punto qualcuno sopra di noi sarà **incaricato attraverso il contratto di mantenere la pace fra i soggetti e garantire a tutti la vita** (il sovrano, **rex**).

È un contratto che dà vita ad una figura superiore ai contraenti (**rex**, sovrano), un sovrano artificiale perché nasce dal contratto e col fine di garantire le condizioni del contratto.

I soggetti così facendo, rinunciano al loro diritto originario, a patto che il sovrano mantenga i patti.

Per Hobbes la giustizia attraverso il patto è un significato meramente negativo: **non infrangere i patti**.

Nel panorama inglese vi sono le idee di Blackstone (consuetudine, diritto naturale). Hobbes, per sua ammissione, è contro le idee di Blackstone, identificando le norme del sovrano come generali e astratte e venendo considerato, nonostante le radici naturalistiche, come il padre del positivismo.

Hume dice che il diritto, la giustizia, la morale, non appartengono alla sfera della ragione ma dei **sentimenti**, particolare natura umana che noi leggiamo attraverso i sentimenti e le emozioni, allora l'ordinamento nasce non per patto (contratto sociale non ha plausibilità razionale per lui), ma le abitudini a obbedire (che sono parte della sfera delle emozioni).

Basta **guardare quello che succede nelle società**, vedendo che i consociati tendono ad ascoltare ciò che viene detto, secondo l'abitudine ad obbedire.

<b>Transizione</b>	HOBBS→HUME→BENTHAM E AUSTIN
--------------------	-----------------------------

Bentham e Austin vedono il diritto come prodotto del tutto positivo e artificiale, riprendendo l'idea di Hobbes.

Per Bentham il diritto deve riprodurre una certo **benessere o utilità**, grazie alla presenza di una persona nell'ordinamento in grado di razionalizzare le norme, facendo raggiungere alla società la propria utilità, felicità. Si passa dal non infrangere i patti, all'abitudine ad obbedire al sovrano, ad un sovrano che nella società consegue l'utilità di tutti.

E questo ultimo passaggio avviene attraverso la produzione di codici e l'idea che la **norma giuridica sia necessariamente certa**.

Se il diritto deve raggiungere il suo scopo di massima utilità, la norma deve essere massimamente chiara, efficace e compresa in codici, contenendo la minaccia della sanzione.

Austin, allievo di Bentham, fonda per primo la filosofia del diritto in Inghilterra ad Oxford, riprendendo le idee del suo mentore, aggiungendo l'ultimo punto: la norma codificata sotto forma di comando del sovrano ha delle particolari caratteristiche, è un comando che minaccia una sanzione.

Tutto questo richiede una teoria del diritto totalmente descrittiva (analitica): quindi l'analytical jurisprudence è la teoria descrittiva del diritto. Si identifica l'ordinamento giuridico di una società se:

Esistenza di un sovrano che comanda, emana imperativi, <b>comandi</b> , minacciando sanzioni	Hobbes
<b>Obbedienza</b> dei consociati	Hume

➤ Hart va contro l'idea imperativistica che il diritto sia l'insieme dei comandi del sovrano!

Il sovrano è analogo a un bandito che minaccia un male e che minacciando questo male, ottiene in cambio obbedienza di J. Holmes.

Austin, facendo riferimento a questo scenario, aggiunge delle riflessioni: il bandito fa una volta sola la sua minaccia e ottiene una volta sola la reazione di obbedienza.

Invece per l'**imperativismo**, ci deve essere consuetudine ad obbedire, a concepire la minaccia come permanente. Austin chiude quindi dicendo che il sovrano minaccia permanentemente e i sudditi sono abituati a pensare che la

minaccia della sanzione sia permanente (PRINCIPIO DELLA CONTINUITA' DEL SOVRANO, che sarà anch'essa smantellata da Hart).

Per Hart, Austin e Kelsen saranno un obiettivo comune, perché anche nell'idea di Austin si vede il famoso "uso della forza" visto anche in Kelsen.

Nell'idea dell'imperativismo, dell'analytical jurisprudence, come sostanza del diritto, c'è l'idea **non dell'essere obbligati** a fare qualcosa ma del **sentirsi obbligati**! Io mi sento obbligata ad obbedire ad un bandito ma non sono obbligata ad obbedirgli. Viceversa, posso essere obbligata a fare qualcosa senza sentirmi obbligata.

C'è anche un'altra questione che non regge secondo Hart, nell'idea di Austin dell'imperativismo, è che se io registro **comportamenti abitudinari**, osservando una società, che finisce nella definizione del comando, è un'immagine **fuorviante**.

**Pensiamo all'aperitivo delle 18**: se fossimo Austin, vedendo sempre un sacco di gente a quell'ora fare l'aperitivo, diremmo che ci fosse un comando corrispondente di farlo. Questo perché c'è la corrispondenza e conformità di comportamento ma ciò non significa che vi sia un obbligo.

Per Austin era così: se c'era una **conformità e corrispondenza** di comportamenti, allora c'era **l'obbligo** di porli in essere.

Nel normativismo non è assolutamente così.

Hart dice che **anche questo è diritto ma non è la norma giuridica**, è un'altra cosa.

Lui non vuole definire il diritto ma vuole dire che **l'imperativismo è una forma primitiva**, un concetto primitivo di diritto, non è la norma giuridica moderna.

È uno sforzo continuo di Hart di allargare continuamente le maglie della definizione.

Hart vuole rompere con questa idea positivista, non per dire che l'idea di Austin non è una possibile rappresentazione del diritto ma che l'idea del diritto come comando imperativo è troppo ristretta e che quando si parla di concetto di diritto, questo deve essere il più possibile allargato.

Quindi la rottura con la tradizione è diversa da quella **Kelseniana, che vuole sostituire il vecchio con qualcosa d'altro**, ma ha lo scopo di **allargare** il concetto di diritto (mettendo dentro tutte le possibili forme di diritto).

Non mettendo altre materie ma utilizzando una visione ampia, senza le strettoie dello scienziato del diritto che espunge praticamente tutto, tra queste appunto ricomprende anche l'idea "primitiva", come dice lui, di Austin.

No scienza, no definizione ma **CONCETTO** del diritto: vedere cosa non va dell'imperativismo perché è ristretto, e metterci accanto altri tipi di riflessioni.

Il **normativismo hartiano** cresce così di livello, includendo addirittura il rapporto con la morale e con la giustizia (non previsti né da Kelsen né da Austin), quindi non solo l'aspetto oggettivo ma considerazioni che fanno del diritto, oggetto di conoscenza.

Il diritto è un concetto così complesso che **non può essere separato dalla morale** o dalla giustizia, rispetto anche alle quali deve essere valutato.

Il positivismo hartiano è per questo che viene chiamato anche **POSITIVISMO INCLUSIVO** (nel senso di inclusivo della morale).

*DALLA CRITICA ALL'IMPERATIVISMO AL POSITIVISMO INCLUSIVO DI HART*

**Norma**: senso di un dispositivo giuridico, è un significato, nonché obbligo giuridico per Kelsen. Il normativismo sembra quasi meno positivista perché chiama in causa dei significati, a differenza del positivismo che è positivismo a tutti gli effetti.

L'idea tipicamente inglese che abbiamo visto la scorsa volta, identifica il diritto positivo nel diritto voluto dal sovrano.

Da Bentham ad Austin, dentro questo contesto il sovrano umano, unico legislatore possibile, produce norme che non hanno una dimensione personalistica ma del tutto empirica: il comando.

Quindi bisogna capire com'è possibile che l'imperativismo inglese (norma giuridica, comando = imperativo) è sensibile del diritto inteso come prodotto empirico non razionale, possa rappresentare un tipo di positivismo giuridico e come mai Hart ritiene che l'imperativismo di Bentham e Austin sia in realtà un particolare aspetto del concetto di diritto, che lui vuole rappresentare nel suo testo.

Hart dice che l'imperativismo tipicamente Austiniano che identifica il diritto positivo nel comando del sovrano è un aspetto riduttivo del più ampio concetto che si chiama diritto.

Hart riprende non solo Austin ma anche Kelsen: due positivisti in cui si vede lo stesso difetto, cioè che entrambe le teorie sono UNIFICANTI di un concetto invece molto più sfaccettato (il diritto).

Il primo capitolo della sua opera tratterà proprio di presentare la sua operazione, dicendo che quello è un manuale per studenti con l'intenzione di rispondere alle domande che secondo lui vengono in testa ad ogni studente di diritto. Nulla di diverso dal passato ma con un altro obiettivo: non trovare una definizione ma un concetto, perché altrimenti si rischia di cadere in forzature concettuali che lo deformano.

I primi aspetti della deformazione del diritto attraverso le teorie sono:

- Quella di Austin: il comando
- Quella di Kelsen.

La prima domanda che Hart si fa è: *ha senso parlare di norma giuridica o di diritto come il sentirsi obbligati a fare qualcosa?*

L'empirismo inglese, che si trasforma in empirismo giuridico, ha bisogno di concentrarsi sugli **aspetti osservabili** delle manifestazioni giuridiche.

Per Hart, abbiamo già una teoria che risponde a questo, cioè quella di Austin (primo vero positivista inglese).

Io posso dire che nella società c'è il diritto ogni volta che c'è un sovrano che minaccia una sanzione ottenendo abituale obbedienza (questa sarebbe la definizione di norma giuridica positiva, intesa come comando.

Visione di Austin).

In Hart c'è una stranezza che dipende dal fatto che egli parla sempre della "osservazione", cosa che non è avvenuta in Kelsen.

Il problema di Hart è **l'individuazione** della norma giuridica: lui ha già davanti una teoria del diritto positivista, per eccellenza in Inghilterra, che è quella di Austin; questa rappresentazione empiristica, che si chiama imperativismo, è tutto ciò da cui si può partire per rappresentare la possibilità che l'imperativismo non sia tanto un concetto falso o sbagliato di diritto positivo, bensì un suo aspetto primordiale! (per Hart ha senso anche l'andamento storico del diritto, come esso si è sviluppato storicamente, perché anch'esso è un aspetto di un'osservazione, un approccio empiristico).

Serve quindi guardare alla complessità concettuale ma anche alla formazione storica del concetto di diritto.

Scopriremo che secondo Hart la concezione di Austin non è soltanto un concetto primitivo ma anche storicamente più significativo del positivismo giuridico.

Fermarsi all'imperativismo vuol dire quindi distorcere il fenomeno giuridico, non comprendendolo nella sua interezza.

La **prima obiezione** che Hart muove all'imperativismo è che il sovrano viene identificato come un **bandito**, cioè come qualcuno che ha il potere di minacciare qualcosa per ottenere in cambio obbedienza.

Cioè non è qualcosa di rilevante per una teoria del diritto positivo, mentre l'abituale obbedienza è un aspetto che interessa tantissimo all'imperativismo inglese.

Qui abbiamo un sovrano dotato di un potere illimitato, esattamente come quello di un bandito.

Il comando è ciò che fa il bandito quando minaccia qualcuno per avere qualcosa in cambio, instaurando un rapporto quasi personale.

Per Kelsen diritto non è forza ma è uso regolato della forza.

L'idea della comprensione del comando (da parte dei consociati) sarà fondamentale: una delle prime domande che fa Hart sarà come è inteso quel bandito che emana comandi, da coloro che vengono minacciati.

Qui gioca la distinzione fra il sentirsi obbligati e l'averne un obbligo a fare qualcosa.

**Il destinatario del comando imperativo si sente obbligato ma non necessariamente avrà l'obbligo di eseguirlo.**

Chi si sente obbligato ha un atteggiamento che lega il suo essere destinatario del comando, alle intenzioni di chi comanda e questo legame tra comandante/comandato lega generalmente sovrano e sudditi nei famosi ordinamenti primitivi.

L'altro problema che evidenzia Hart è che, seguendo la teoria di Austin, basterebbe osservare i comportamenti sociali per poter dire che lì esiste una norma corrispondente.

Si osserverebbero almeno 3 cose quindi: il sovrano, l'obbedienza abituale e l'esistenza di comandi.

Mettendosi nel pensiero di Austin, è necessario allora capire chi è il sovrano, dato che c'è questo **rapporto personalistico** fra chi emana il comando e chi si sente obbligato ad eseguirlo (il sentirsi obbligati non implica che esista una norma giuridica che mi obblighi al suo rispetto).

*Tutte le volte che osservo comportamenti di obbligatorietà, sono di fronte al diritto/norma giuridica?* NO. Questo ha già smontato abbastanza il quadro dell'imperativismo austiniano.

#### IL PROBLEMA DELLA SOVRANITA'

Hart, come Kelsen, non fa altro che abbattere l'idea di sovranità, considerati residui dell'antichità, perché andando a vedere il sovrano che emana comandi, in base alla concezione austiniana, dovrei considerarlo illimitato.

*Ma qualcuno può ancora dire che esiste un sovrano indipendente dai comandi che emana?* Hart dice che nei nostri ordinamenti non abbiamo questo tipo di sovrano assoluto, come "bandito", è corretta dal "sovrano che si auto-limita", come dice anche Kelsen.

Dentro l'imperativismo, questa concezione non sta in piedi, perché se un sovrano si auto-vincola attraverso i suoi comandi, allora non esiste più indipendenza concettuale fra lui ed i suoi comandi.

La metafora è quella della promessa auto-vincolante: quando il sovrano contemporaneo (legislatore) emana comandi, vincola se stesso, il che vuol dire che non è un sovrano e l'idea stessa di sovranità è costruita da elementi dell'ordinamento che non sono più comandi.

Hart dice di mettere al lavoro questa teoria e vedere se regge alla prova dei fatti: il sovrano emana comandi nei confronti di altri sono soggetti, i quali obbediscono (3 elementi: sovrano, comandi, obbedienza).

Messo ciò alla prova dei fatti, devo immaginare che questo sovrano democratico si auto-limita e nel momento in cui io faccio una promessa, auto-vincolo me stesso a mantenerla.

Affinché questa cosa abbia senso, dobbiamo immaginare che la norma della promessa sia all'interno dell'ordinamento: norma secondaria che dice che quando il sovrano emana comandi, vincola anche se stesso.

*Ma è un sovrano?* NO.

*È indipendente dalla presenza di norme?* NO, vincolata dalla norma della promessa.

In questo modo salta l'imperativismo, perché sovrano e comandi non sono più indipendenti e ad Hart la metafora della promessa serve per spiegare questo.

L'esistenza di una norma che precede il sovrano e l'emanazione di comandi del sovrano, identifica l'esistenza di norme che dentro l'ordinamento non sono riducibili a comandi ma sono soprattutto **norme che non si prevedono nell'imperativismo**: sono le norme secondarie (o norma attributiva di poteri).

Un ordinamento giuridico non primitivo ma complesso come il nostro, che avrebbe indotto l'imperativismo a parlare del sovrano che si auto-vincola, sarà sempre una teoria che rappresenterà l'ordinamento necessariamente costituito da norme primarie (impongono obblighi) e secondarie (attribuiscono poteri).

Sono norme che necessariamente compongono gli ordinamenti moderni.

Vedremo poi che esistono più tipi di norme secondarie.

#### ATTITUDINE ALL'OBEDIENZA

Poi c'è la questione dell'abitudine all'obbedienza: vediamo come Hart la elabora al fine di introdurre varianti all'imperativismo.

Hart dice che ogni volta che osservo **comportamenti regolari e uniformi in società**, se dovesse ragionare **come Austin**, dovrebbe ricercare una **norma** in quella società corrispondente.

Lui però dice che questo sarebbe vero se e solo se l'ordinamento fosse quello immaginato da Austin: se fosse come da quest'ultimo immaginato, si produrrebbe una **sospensione dell'autorità**, cioè che l'abitudine alla obbedienza sia così costitutiva (e che occorre del tempo per formarla), possa passare da un sovrano ad un altro senza problemi, senza che si spezzi tale obbedienza alla sovranità (da rex 1 a rex 2, i sudditi come fanno?).

*Se l'imperativismo avesse ragione, non è che chiunque o a qualunque condizione può comandare?* Non si può immaginare che esista un ordinamento così tanto primitivo da pensare che i **sudditi di rex 1 diventano sudditi di rex 2 semplicemente perché quest'ultimo emana comandi**.

Quindi l'osservazione dei comandi e l'obbligo di rispettarli, come dicevamo prima, sono due cose distinte.

Dovremmo se non pensare che esistano dei sudditi che si resettano nell'attesa che si abituino a rex 2.

Dovremmo quindi pensare che nell'ordinamento esista qualcosa di diverso dal comando, cioè qualcosa che costituisce il sovrano costretto ad autolimitarsi.

#### Bisogna capire quindi cosa succede nel passaggio da rex 1 a rex 2?

Nasce da qui la necessità di rivedere l'imperativismo, relegandolo al solo regno di rex1, perché altrimenti si arriverebbe alla situazione assurda che quando rex1 muore, il tutto si sospenda nell'attesa che arrivi rex2 e che i sudditi si abituino al nuovo regno.

**NB:** per Hart **non ci sono solo i comandi! Ma anche le AUTORIZZAZIONI**, che sarebbero le **autorizzazioni a comandare per rex1** (norme che impongono obblighi e norme che attribuiscono poteri).

Per questo si ha bisogno delle **norme secondarie**, che Hart comincia a descrivere qui in maniera articolata e complessa.

Le incongruenze del modello positivistico si evitano immaginando che all'interno dell'ordinamento di rex1 esistano delle **prassi sociali** specifiche che rendono i sudditi di rex1 in grado di riconoscere i comandi di rex2, comandi legittimi.

Prassi sociale indipendente da quella che porta rex1 ad emanare comandi, che rende possibile ai suoi sudditi di riconoscere i comandi di rex2, destinati a loro.	Norma di riconoscimento, ancora più complessa di quella di Kelsen
Ci sarà poi un'altra prassi in base alla quale i sudditi di rex1, conoscono i comandi di rex1, riconoscendoli come suoi comandi e considerati tali dai sudditi	Questa stessa prassi per analogia, diventa produttiva di un dispositivo giuridico attraverso cui i sudditi di rex2 riconoscono la volontà di rex2 come comandi da rispettare

Questa si chiama **NORMA DI RICONOSCIMENTO, PRASSI**: le prassi riferite al comando del sovrano sono norme **primarie**.

Mentre quelle che si creano dall'abituale obbedienza in rex1 che poi si trasmettono in rex2, sono le **secondarie**. Bisognerà notare non solo la prassi dell'abituale obbedienza ma anche nella volontà dei sudditi di identificare una norma nel comando di rex: stiamo immaginando sudditi che maneggiano prassi molto differenti fra di loro, si tratta di un sistema molto più complesso di quello di Austin.

Quindi bisognerà capire quali altre prassi interagiscono con quel comportamento ripetuto.

La regola di riconoscimento non è destinata a nessuno, a differenza dei comandi, ma è attraverso quella che il suddito capisce cosa deve fare e come deve intendere prima rex1 poi rex2.

Attraverso l'identificazione di questa prassi chiamata norma di riconoscimento, c'è anche il passaggio da un ordinamento elementare composto solo di comandi (norme primarie) ad uno composto anche di obblighi giuridici (norme).

**NB:** Quindi la regola di riconoscimento fa saltare la configurazione di un ordinamento giuridico elementare come quello di rex 1, dove ci si sente obbligati ad obbedire ma il passaggio dalla rex1 a rex2 questo senso di obbligatorietà, reagendo con la prassi, trasforma il sentirsi obbligati all'essere obbligati.

In questo passaggio ci sarà la definizione di norma giuridica.

Quindi nel **primo ordinamento**, elementare, si ha il senso di obbligo, mentre nel **secondo**, grazie all'interazione con quella prassi, si passa ad un ordinamento complesso in cui esiste l'obbligo giuridico (in cui esistono norme primarie e secondarie).

#### NORMA GIURIDICA: ASPETTO INTERNO ED ESTERNO

La rappresentazione di Hart di rex1 è molto importante. La stessa impostazione del Barberis ricalca l'idea di Hart.

Uno dei pilastri del ragionamento hartiano è proprio la transazione da rex1 a rex2.

Istituzionalizzazione del potere: quando guardiamo l'immagine che ci consegna Austin, vediamo un ordinamento gestito da un **sovrano assoluto, illimitato, che esiste indipendentemente dai comandi che emana**, quindi comando e sovrano sono 2 entità empiriche separate ed indipendenti.

Poi abbiamo l'altra entità separata e indipendente che ha una strana natura, sempre empirica e sempre normativa, che è l'**abitudine all'obbedienza**.

Per Hart questo è un **ordinamento primitivo**, non complesso, in cui il potere esercitato da rex1 è da considerarsi un **potere non istituzionalizzato**.

Il passaggio da rex 1 a rex 2, porta la necessità di individuare i presupposti dell'ordinamento, perché altrimenti nel momento in cui il sovrano muore, ci sarebbe uno "stop" da parte dei consociati, al rispetto del nuovo sovrano.

Questi elementi nuovi, secondo Hart, rappresentano il presupposto di esistenza, e quindi identificazione (importante per Hart) di un ordinamento evoluto, complesso, segnando la differenza tra un empirismo positivista inglese che lo precede e quello chiamato post-positivismo.

#### NORMA GIURIDICA PER HART: CONVERGENZA DI COMPORTAMENTI E ACCETTAZIONE DELL'AUTORITÀ:

Nel momento in cui si identifica l'abitudine ad obbedire al sovrano, si traslascia che **la mera abitudine in sé non è nemmeno identificativa dell'esistenza di un sovrano**.

Inoltre non è identificativa dell'idea di autorità giuridica, perché nel momento in cui si attua il passaggio da rex1 a rex2, facendo riferimento a **elementi empirici**, questi saranno **riferibili solo a rex1**.

Quello che si osserva non è una mera abitudine da eseguire ma si tratta di una **ACCETTAZIONE** dell'esercizio del potere da parte del sovrano.

Hart sta dicendo che bisogna osservare 2 cose quindi, per poter dire che esiste un ordinamento giuridico: la convergenza di comportamento (che piace a Austin) + comportamenti di accettazione dell'autorità.

Si tratta di quella famosa prassi di accettazione di cui parlavamo la scorsa volta, i cui sudditi riconoscono e quindi accettano come tale.

C'è quindi bisogno del riconoscimento da parte dei sudditi di un potere non di fatto ma di diritto, cioè il sentirsi obbligati ad obbedire non è tutta l'idea che dobbiamo perseguire per individuare la norma.

Non sono sudditi che hanno bisogno solo di rispondere ad un sentimento di obbligatorietà ma RICONOSCONO l'autorità di rex di emanare comandi e autorità in grado di essere eseguita.

*Cosa c'è quindi dentro l'ordinamento di rex 1?*

-Una norma che identifica la possibilità per i sudditi di riconoscere nella volontà del sovrano, una volontà legittima:

**NORMA DI RICONOSCIMENTO.**

- Andando a vedere però ci deve essere anche una norma elettiva, da rex1 a rex2 e così via: **NORMA DI MUTAMENTO.**

Si tratta di 2 norme che non sono comandi del sovrano ma sono ausiliarie che consentono al sovrano di emanare i suoi comandi.

Quindi l'ordinamento per evolvere ha bisogno di norme che in qualche modo costituiscono l'autorità sovrana e che consentono al sovrano di produrre i suoi comandi, e poi norme che consentono a qualcuno, i sudditi, dentro l'ordinamento, di passare dal comando che ricevono all'idea che esso sia in effetti un obbligo per loro (e non sentimento di obbligatorietà del sovrano. Esiste l'obbligo, NON si sentono obbligati).

**DOMANDA D'ESAME: Cosa vuol dire accettare una norma per Hart?**

2 modi per distanziarsi dalla teoria di Austin:

-Differenziando comando e norma giuridica;

-Differenziando l'idea di sentirsi obbligati ad obbedire ad un sovrano e avere l'obbligo di obbedire una norma.

Tutto questo parte dalla definizione di NORMA GIURIDICA.

Il comando è la classica norma che impone comportamenti (di tipo primario) ma esistono anche norme ausiliarie, costitutive della sovranità (secondarie) tali per cui i sudditi riconoscono l'autorità del sovrano come dotata di autorità.

Il cuore della differenza fra sentirsi obbligati e avere un obbligo è l'accettazione.

Tutte le volte che si registrano comportamenti di conformità, si può dire di avere una norma? NO, perché bisogna registrare anche altri tipi di comportamento, ossia l'accettazione dell'autorità.

La mera regolarità di comportamenti, per Austin fulcro del positivismo, è solo un aspetto molto parziale e non sufficiente per identificare una norma nell'ordinamento.

Per Hart questo è l'aspetto esterno: guardando esteriormente una regolarità di comportamento POSSO pensare che esistano norme corrispondenti a questi atteggiamenti.

Dal punto di vista dell'osservazione sociale, questa regolarità può essere sintomo di una mera abitudine, di una norma morale o anche di una norma giuridica.

Serve quindi anche registrare un aspetto interno, cioè atteggiamenti di accettazione.

Esiste una norma ogni volta che accettiamo un modello di condotta come vincolate e quindi mettiamo in atto comportamenti conformi.

**Da un punto di vista critico-riflessivo**, sappiamo che quella norma di condotta, è una norma vincolate per noi e lo è per tutti quei soggetti cui la norma si rivolge, e di conseguenza non ci limitiamo ad assumere comportamenti conformi a quella norma ma assumiamo atteggiamenti (appunto critico-riflessivi) che hanno una controparte nel linguaggio.

Non si tratta di modelli osservati solo dal punto di vista empirico ma anche linguistici e psicologici che derivano da un atteggiamento critico e riflessivo che ho nei confronti di quella norma.

La distinzione fra sentirsi ed essere obbligati è quindi il nucleo teorico della norma giuridica per Hart.

Norma Giuridica=aspetto esterno+interno.

Accettare la norma come modello della propria condotta, significa accettarlo dal punto di vista critico-riflessivo (nel senso che vado a riflettere su quell'imposizione che mi viene fatta).

FOCUS:IN SINTESI..

Il **modello di condotta** (chiamato ancora erroneamente "comando del sovrano") è vincolante per noi ma non perché ci sentiamo minacciati ma perché lo accettiamo come modello di condotta.

Sappiamo da un punto di vista critico-riflessivo che quella norma è vincolante per noi e lo è per tutti i soggetti alla quale quella norma si rivolge.

Dal punto di **vista critico-riflessivo** quindi assumiamo atteggiamenti che hanno una controparte nel linguaggio: quindi non si tratta solo di comportamenti come forme di condotta che si osservano empiricamente ma comportamenti linguistici e psicologici che derivano da un atteggiamento critico-riflessivo che io ho nei confronti di quel modello.

Tutto questo è possibile se e solo se esiste questa norma secondaria che induce il soggetto destinatario della norma di comportamento ad intenderla come un obbligo reale, esistente.

È una cosa che non avviene quando qualcuno ci minaccia di un male.

Quindi la distinzione tra sentirsi ed essere obbligati è il nucleo teorico della norma giuridica per Hart.

Quindi:

Norma Giuridica=aspetto esterno+interno.

Aspetto esterno: regolarità di comportamenti che io osservo;

Aspetto interno: è un'altra regolarità di comportamenti che osservo ma che non sono comportamenti di fatto, che hanno una controparte linguistica e dipendono da un atteggiamento critico-riflessivo nei confronti della norma emanata dall'autorità.

**Esempio**: quando io sono di fronte ad una norma come "vietato fumare", se sono un empirista mi aspetto di vedere che dove ricade questo obbligo ci sono comportamenti conformi di astensione dal fumare e mi aspetto che i soggetti che si stanno astenendo dal fumare, hanno accettato quel divieto come modello della propria condotta e questo significa accettarlo dal punto di vista critico-riflessivo (**RIFLESSIVO** vuol dire che io rifletto su questo divieto, **CRITICO** vuol dire che a partire dall'imposizione di quel modello, ragiono criticamente su ciò che è giusto, obbligatorio, legittimo, illecito per me, sul presupposto che tutti gli altri abbiano il medesimo atteggiamento di accettazione.

Ma allora, poiché sono tante le norme dentro l'ordinamento, dovremmo capire chi accetta le primarie e chi le secondarie.

Le norme di condotta devono essere accettate non solo da chi le subisce (la generalità) ma anche chi le emana. Questo perché non siamo più dentro al regno di rex1 ma in un ordinamento evoluto, dove la comparsa del livello secondario dell'ordinamento ha trasfigurato il regno del sovrano e lo ha trasformato in un ordinamento giuridico di stampo costituzionale.

La norma che autorizza il sovrano è di stampo costituzionale ed è costitutiva, nei confronti del suo potere di legiferare.

Ma il **vero problema** della teoria di Hart è **la regola di riconoscimento: a chi si rivolge? Quelle di condotta** abbiamo capito che sono rivolte a tutti noi, **ma le norme del livello secondario per chi sono?** Innanzitutto la norma di riconoscimento è **un tipo di norma secondaria**, distinta dalla norma che costituisce il sovrano (come dicevamo prima).

Hart parlerà delle connessioni fra le 2, che sono in parte sovrapposte ma concettualmente distinguibili.

La chiamiamo per ora "norma di mutamento" perché chi innova e muta l'ordinamento è colui che può immettere dentro delle norme, quindi il sovrano, l'autorità del legislatore.

Sono 2 norme differenti di costituire 2 poteri differenti:

-**Norma di riconoscimento:** riconoscere le norme dentro l'ordinamento

-**Norma di mutamento:** produrle, immetterle, mutando l'ordinamento.

A questo punto, bisogna capire quale sia l'aspetto interno ed esterno, non solo delle norme primarie (di condotta, rivolte ai consociati) ma anche delle **norme secondarie** (quelle che costituiscono poteri) e capire chi le accetta come modello della propria condotta.

È intuibile chi accetta il modello della norma di mutamento: il legislatore.

È lui che di fronte alla norma di stampo costituzionale che gli dice come deve fare il suo mestiere, accetta quella norma come modello della propria condotta.

Quindi obbedisce, la mette in pratica e la accetta da un punto di vista critico-riflessivo.

La norma di riconoscimento invece è problematica: chi deve riconoscere i comandi del sovrano o le norme del legislatore come norme di condotta? I tribunali.

### I 3 TIPI DI NORME SECONDARIE

Il fatto che non si capisca fino in fondo cosa sia la norma fondamentale di Kelsen e la norma di riconoscimento di Hart è ovvio e dobbiamo accettarlo. Questo sarà ribadito anche da Barberis nel suo manuale.

Che cos'è un ordinamento valido quindi risulta non essere affatto ovvio: **Hart parte dall'osservazione dei comportamenti per evincere il concetto**, diversamente da Kelsen che invece parte dalla validità per darne risposta.

### RAPPORTO TRA NORME PRIMARIE E SECONDARIE NELLA TEORIA HARTIANA

Regno di rex1 formato solo da norme primarie, anzi inizialmente il regno di rex1 è rappresentabile solo come un ordinamento sociale dove esiste un sovrano che emana comandi.

In base ai ragionamenti di Hart, ad un certo punto stabiliamo che la vita del regno di rex1 si spiega solo se da comando passiamo a norma giuridica ma facendo questo, notiamo come apparentemente il suo regno è composto solo da norme primarie (di condotta), ma poiché esistono da qualche parte delle **prassi generali che consentono ai sudditi di rex di riconoscere i suoi comandi come dotati di autorità (cioè come norme)**, non solo abbiamo la **transizione da comando a norma giuridica ma anche tra il regno di rex1 ad un ordinamento composto anche di norme secondarie** e non più solo primarie.

La **prima** che Hart identifica è una **norma che permette ai sudditi di riconoscere che l'autorità di rex1** è dotata di autorità e tali comandi devono essere riconosciuti come obblighi, ma così facendo quella stessa prassi consente i sudditi di rex2 di riconoscere anche la volontà di rex2 come norme, dotate di autorità.

Questa prassi, così detta di **accettazione**, diventa il modo attraverso cui l'ordinamento giuridico diventa un ordinamento giuridico in senso stretto (che chiama "complesso", nel senso di articolato, non primitivo).

Se è una **prassi**, essa è **osservabile nell'ordinamento** ed è sufficientemente **diffusa** per essere considerata prassi; se fosse seguita da pochi nemmeno la identifichiamo come prassi.

Hart dice però che non è detto che essa debba essere estesa a tutti, anzi, questa prassi sarà dentro un ordinamento già evoluto, condivisa da molti, non necessariamente tutti, anche perché non ha a che fare con le norme primarie ma si colloca ad un livello secondario dell'ordinamento.

Da qui Hart dice che si ha norma giuridica tutte le volte che c'è qualcuno che accetta il modello di condotta veicolato da quella norma, come modello di condotta obbligatorio.

Ma se questo vale per tutte le norme, vale sia per il livello primario che secondario, quindi noi dobbiamo immaginare che quando siamo destinatari di norme di condotta, consideriamo quegli obblighi giuridici esistenti per noi perché li accettiamo dal punto di vista della norma primaria, è colui che accetta quella norma come modello di condotta vincolate per sé.

Prendiamo il caso che io sono un soggetto di rex2, c'è la norma di riconoscimento che permette di riconoscere come valida una norma primaria, c'è da chiedersi se essa permette di riconoscere come valida anche la norma stessa di riconoscimento.

*Altrimenti questa, a che titolo è valida?* È una norma autoreferenziale o c'è bisogno di ricorrere ad un presupposto della validità di tale norma? E dopo aver riconosciuto la norma come obbligatoria alla luce della norma di riconoscimento, c'è da chiedersi se quest'ultima introduce anche quell'elemento del sentimento di obbligatorietà che era stato buttato fuori da Hart quando ha criticato l'imperativismo.

*È obbligatorio riconoscere le norme come obbligatorie per poter dire che esiste un ordinamento giuridico?* Hart dice che riconoscere una norma come **obbligatoria** significa accettarla da un punto di vista interno come modello di condotta per se stesso o come ragione per agire (motivo della propria condotta).

La risposta verrebbe da dire sia NO quindi, perché il fatto di riconoscere le norme come obbligatorie, non implica come modelli di condotta per sé, l'obbligatorietà di accettarle moralmente.

Non è il "mi sento obbligato" dell'imperativismo, esiste un obbligo anche nel momento in cui io devo quell'obbligo. E questa è la differenza fra un ordinamento primitivo in cui esistono solo norme primarie, cioè di condotta (imperativismo) e ordinamento complesso in cui vi sono anche le secondarie, cioè di riconoscimento (quello teorizzato da Hart).

Quindi, la regola di riconoscimento, dice Hart, è l'idea per poter qualificare un ordinamento giuridico come **valido** e quindi per poter superare i difetti tipici di un ordinamento della condotta come quello di rex1 fondato su comandi di un sovrano che li emana.

I difetti tipici sono innanzitutto l'incertezza: se esiste una fonte di comandi ed esistono destinatari di questo comandi e non esiste nessun altro elemento giuridico di mediazione dell'autorità sovrana, là c'è un ordinamento totalmente incerto.

In rex1, non c'è la regola di riconoscimento che consente ai sudditi di riconoscere la volontà del sovrano come dotata di autorità, volontà destinata ai propri comportamenti.

Regna l'incertezza. È la stessa incertezza che porta alle codificazioni.

A quale tipo di difetto dell'ordinamento primitivo risponde l'esistenza di una norma di mutamento (prassi generalizzata già presente nel passaggio da rex1 a rex2, che consente ai sudditi di identificare nella volontà del potere legislativo, cioè il sovrano, una norma giuridica)? Se il sovrano esiste in virtù di quelle norme secondarie, non è più illimitato ma è un'autorità legislativa in senso moderno.

**È il diritto che costituisce il sovrano**, non esiste più un sovrano padrone del diritto: Hart dirà che l'esistenza di quelle 2 norme consente di dire che la sovranità dentro l'ordinamento non è illimitata ma è una capacità giuridica attribuita al sovrano da quelle 2 norme.

Ad oggi noi le attribuiremmo alla costituzione.

Se il sovrano è prodotto dalle norme, non si potrà più dire che egli è **padrone** delle norme: lo **sarà solo di quelle primarie**, delle altre no perché le secondarie sono quelle che gli danno capacità giuridica.

Il potere legislativo così è sovrano, non ce n'è uno sopra.

Quindi, dice Hart, il sovrano non è illimitato, **la sovranità è quella dello potere legislativo ma questo non è sovrano perché è costituito da norme secondarie.**

Quindi la **norma di mutamento** che dà il potere di emanare comandi, è una norma che identifica nel potere legislativo, la capacità di emanare norme e quindi di mutare l'ordinamento giuridico.

È una norma secondaria che ha già estromesso il potere di sovranità dall'ordinamento di rex2, quindi sarà solamente supremo dentro quell'ordinamento.

Quindi il potere legislativo di quello specifico ordinamento (ex: rex2) non dipende da nessun altro.

Il sovrano non è indipendente dalle norme, ma anzi, dipende da quelle di ordine secondario.

Quindi noi abbiamo 3 norme secondarie, sempre (regola di mutamento, di riconoscimento, di giudizio).

Anche Barberis parla di queste 3, infatti lui è un hartiano.

Il fatto che una norma giuridica si componga di aspetto interno ed esterno, consente ad Hart di segnare definitivamente la distanza dall'imperativismo, che identifica invece nei sudditi quella conformità di comportamento che per il filosofo è unicamente l'aspetto esterno.

Questo dice Hart, rende del tutto simile la norma giuridica, all'abitudine.

L'elemento differenziante della norma giuridica rispetto alla prassi come abitudine a comportarsi in un certo modo, è l'aggiunta dell'aspetto interno a quello esterno (come accettazione della norma quale modello vincolante per sé).

Questo atteggiamento di accettazione impone di considerarlo come un atteggiamento che un soggetto davanti a una norma attribuisce a se stesso e automaticamente a tutti gli altri.

Non implica l'accettazione morale, perché è irrazionale.

### **Norme di riconoscimento:**

- permette di uscire dall'incertezza dell'ordinamento che concepisce solo norme primarie.
- riconosce anche norme secondarie.

### **Norme di mutamento:**

- risponde al tema della staticità dell'ordinamento, introducendo i requisiti di mutamento dell'ordinamento;
- è ciò che autorizza il potere legislativo ad introdurre nuove norme nell'ordinamento, per mutarlo.

### **Rule of adjudication** (norma di giudizio):

- serve per far fronte al problema dell'inefficacia.

-Questa si sovrappone in parte a quella di mutamento, perché là dove esiste un potere giudiziario, esiste già un potere legislativo: **la norma di riconoscimento è quindi al vertice** dalla quale si sviluppa poi tutta la validità dell'ordinamento, nel senso che la norma di giudizio esiste ma a monte e sullo sfondo c'è comunque la norma di riconoscimento che attribuisce a quella di giudizio il potere di emanare norme.

La rule of adjudication presuppone l'esistenza di una regola di riconoscimento che suggerisce ai giudici che per valutare un caso devono pescare nell'ordinamento le norme emanate dal legislatore, quindi attraverso le regole del legislatore, sulla scorta di una regola di riconoscimento, che contempla l'attività del legislatore come fonte di validità delle norme.

I tribunali non applicano un diritto preesistente ma è un diritto ex novo, che si crea dalle loro decisioni.

## PUNTO DI VISTA ESTERNO E INTERNO

Prima procede con l'abbattimento di alcuni presupposti dell'imperativismo di Austin e poi prendendo l'imperativismo austiniano ed interpretandolo solo come sviluppo primitivo della storia del diritto, di un ordinamento di un sovrano che emana comandi e ottiene obbedienza abituale.

### **REX 1:**

Ordinamento di rex1 (fotografia imperativismo) è l'immagine di un ordinamento che contiene solo norme primarie (regolative/di condotta/norme che impongono obblighi), è un ordinamento a-sistematico, incerto, statico, inefficace.

### **REX 2:**

A far sì che esso sia dinamico, efficace, sistematico e certo, è l'aggiunta all'ordinamento di rex2 (nel passaggio) delle norme secondarie, anche dette sussidiarie, costitutive, di competenza (e non di condotta, perché creano le capacità giuridiche di fare cose) e sono attributive di poteri, intesi come autorità (di fare norme, applicarle e riconoscerle come valide).

Se le norme creano autorità, siamo già lontanissimi all'ordinamento di rex1, dove l'autorità non ha bisogno di essere costruita da alcunché, in cui la sua permanenza come ordinamento giuridico che produce effetti al suo interno, dipende dall'esistenza di norme che addirittura costituiscono il sovrano, e costituendo anche il passaggio da rex1 a rex2.

Altro limite che Hart attribuisce alla concezione imperativistica è **l'ossessione per l'abitudine all'obbedienza**.

Nel passaggio da rex1 a rex2, la fotografia dell'ordinamento che si basa su 3 cose osservabili empiricamente (sovrano, comandi, obbedienza), riduce il concetto di diritto a ben poco per Hart, poiché siccome nel passaggio abbiamo bisogno di norme secondarie abbiamo anche bisogno di rileggere l'obbedienza, indicando i soggetti destinatari delle norme primarie, non tanto ad obbedire al sovrano perché si sono abituati a questo, ma l'esistenza di questa norma secondaria ha fatto da tramite tra sovrano e sudditi, permettendo ai sudditi di percepire come norma giuridica ogni comando proveniente dal qualsiasi sovrano, perché viene interpretato come modello di condotta e non come comando.

Quindi l'abitudine all'obbedienza è l'aspetto esterno, cioè per avere una mera abitudine, ci basta guardare l'aspetto esterno, ma se a questo si abbinano gli atteggiamenti di accettazione delle norme (aspetto interno), abbiamo la **norma che esiste come obbligo** (esiste, e non sento come obbligatoria perché il sovrano me lo dice).

Hart dice che questa idea di sentimento di obbligatorietà è stato letto da Austin come forma di empirismo, cioè sono indotti a tenere comportamenti perché si sentono sudditi di un sovrano.

La moralità originaria che rende stabile l'ordinamento di rex1 (comportamenti regolari e conformi sono sentimenti di obbligatorietà verso il sovrano) è un'immagine non progredita di guardare l'ordinamento giuridico.

Qualcuno prima di lui, secondo il suo pensiero, ha già tramutato questo empirismo tipicamente imperativismo in qualcosa d'altro: i **realisti giuridici**.

Pensano che esista un ordinamento non dove vi siano sentimenti di obbligatorietà, ma dove esistano dei soggetti che creano l'ordinamento grazie alle loro decisioni (giudici: non esiste diritto prima di quelle decisioni).

Questo per i realisti).

Essi hanno stemperato il sentimento di obbligatorietà, l'hanno resa ancora più empirica, liberandosi dall'idea imperativistica, dicendo che là dove esistono i tribunali, esiste il diritto.

Osservando i tribunali, si vede il diritto delle società.

Hanno quindi assunto il concetto di obbligatorietà dal diritto ed hanno parlato di esistenza.

Hart si distingue da loro perché ha aggiunto le regole secondarie, cosa che i giudici non fanno.

I realisti si sono fermati prima: le norme secondarie invece hanno anche dato ai giudici lo strumento per fare il loro lavoro (regola di riconoscimento).

Attraverso tale norma secondaria, i giudici riconoscono dentro l'ordinamento le norme che si possono applicare e grazie ad essa possono produrre i loro giudizi.

-> sono autorizzati, costituiti, come autorità giudiziaria, dalla norma di giudizio.

La teoria hartiana mette in piedi un altro presupposto: la distinzione tra punto di vista interno ed esterno rispetto alle norme giuridiche.

Cioè perché io abbia una norma come norma sociale distinguibile dalla mera abitudine, devo osservare i due aspetti (quello interno è atteggiamento critico riflessivo, che sono linguistici, cioè formulabili come comportamenti, atti linguistici con cui noi diciamo a noi stessi come dobbiamo comportarci ed imputiamo attraverso essi, gli stessi tipi di comportamenti a tutti i soggetti egualmente sottoposti a queste norme).

L'aspetto interno è sempre l'atteggiamento di accettazione di quella norma come schema di comportamento, come manifestazione osservabile di comportamenti linguistici tradotti in comportamento normativo.

Nella cultura razionale filosofica occidentale, razionalità e moralità vanno insieme.

Si dice che il soggetto morale o è razionale o non merita di essere definito morale.

Se quindi, per Hart, la norma giuridica è una norma sociale, di fronte ad essa posso registrare comportamenti di accettazione, che sono anche quelli che non necessariamente sono accettati da tutti: ci può essere una percentuale di devianza ed è l'atteggiamento critico riflessivo che sta dentro l'ordinamento giuridico moderno.

Per completare il quadro dell'ordinamento moderno, non ci possiamo accontentare dell'aspetto interno ed esterno anche per quanto riguarda le norme secondarie, ma queste norme sono **peculiari** perché **non sono rivolte a tutti** ma solo alle **autorità giuridiche**.

Dovremo quindi completare il quadro dicendo che se esiste un ordinamento giuridico osservabile io dovrò registrare 2 tipi di atteggiamenti, 2 punti di vista differenti, rispetto all'osservazione dell'ordinamento giuridico:

-Punto di vista esterno: se mi limito ad osservare la regolarità dei comportamenti.

Guardo cosa accade dentro e mi limito a registrare quello che avviene lì dentro, per dire "li esiste un ordinamento", i comportamenti conformi alle norme, i comportamenti di accettazione critico-riflessivi delle norme.

➤ guardo e dico "li esiste un ordinamento", basandomi su ciò che osservo, sulla conformità dei comportamenti che registro.

- Punto di vista interno: è una particolare posizione di chi non solo osserva ciò che accade dentro l'ordinamento, ma di chi collega la regolarità dei comportamenti e le reazioni di chi adotta tali regole come modelli di comportamento.

➤ Riconoscere quella norma come vincolante, c'è un obbligo, indipendentemente dai sentimenti propri.

Non si limitano a registrare la corrispondenza dei comportamenti ma collegano comportamenti di regolarità con un atteggiamento di accettazione alle norme.

Questo avviene con le norme secondarie, quindi un funzionario adotta tali norme come modello di condotta per sé.

Nei confronti dei tribunali: la regolarità di comportamento deve essere ciò che qualcuno assume per sé come vincolo alla propria decisione, che implica che i giudici lavorino in maniera coordinata, prevedibile.

Si tratta di se guardare solo i comportamenti dall'esterno o se ficcarmici dentro a tali comportamenti.

Il modo in cui si coordinano, rispetto alla norma di riconoscimento, è il modo attraverso cui si può davvero instaurare un rapporto fra efficacia/inefficacia e validità dell'ordinamento.

Quindi la norma secondaria prevede che venga usata da qualcuno, prevede un atteggiamento di accettazione dal punto di vista interno da parte dei funzionari, sul presupposto dell'osservazione dal punto di vista esterno, della regolarità dei comportamenti.

## NORME DI RICONOSCIMENTO PER I FUNZIONARI

La **norma di riconoscimento** contiene tutti i **criteri di validità** (fonti del diritto) presenti dentro l'ordinamento giuridico. Quindi pensando al funzionario che accetta tale norma di riconoscimento, egli deve **prima osservarla**, osservando i comportamenti dei funzionari che sono lì per lavorare sulle norme primarie, **osservare se essa è accettata dai funzionari** (osservabile dal punto di vista esterno).

Il modo regolare ed uniforme con cui la norma di riconoscimento viene utilizzata, consente a qualunque funzionario, dopo averla osservata, **di utilizzare dal punto di vista interno quella norma** (che è anche una prassi seguita dai tribunali).

Chi osserva questa regolarità da un punto di vista esterno, se è un funzionario, deve conciliarlo quello **interno e assumerli come criteri della propria condotta**, criteri pubblici per la validità, accettando la norma come criterio del proprio comportamento (modello di condotta), collegando l'osservazione (punto di vista esterno), alle mie reazioni di obbligatorietà, ficcandomici dentro e partecipando alla prassi (che ha come presupposto l'osservazione).

Si può studiare anche a fasi: il punto di vista esterno precede quello interno, a livello concettuale, cioè come ci disse Kelsen, che la validità presuppone l'efficacia.

La validità dell'ordinamento è la sua esistenza fattuale nella prassi (che sono anche prassi di accettazione da un punto di vista interno).

Quindi si osserva la norma di riconoscimento nei comportamenti dei funzionari, non la leggo in costituzione, la osservo, quando osservo i comportamenti dei tribunali, i quali per sussistere, prima hanno dovuto vedere come si usa (osservazione esterna) questa norma, e poi facendola propria (punto di vista interno).

È dalla norma di riconoscimento che si "diramano" le altre norme secondarie (di mutamento e di giudizio) e quindi sia la legittimazione della legge che del potere giudiziario dei giudici.

Quindi: una norma per Hart sarà valida se soddisferà tutti i criteri della norma di riconoscimento.

## CARATTERISTICHE DELLE NORME DI RICONOSCIMENTO

La **norma di riconoscimento** ha la stessa funzione della norma fondamentale nella teoria di Kelsen.

Sono nozioni che racchiudono in sé l'idea della **validità dell'ordinamento giuridico**.

Anche se Hart non lo dice esplicitamente, c'è una distinzione: tra validità di una norma e validità dell'ordinamento, come c'era in Kelsen.

La validità della norma è il suo **essere usata da chi la accetta come modello di comportamento** (giudizio implicito), perché viene considerata valida e quindi un **obbligo per sé**.

La **validità dell'ordinamento** invece, per Hart è inteso come **somma di norme** primarie più secondarie, allontanato dall'ordinamento primitivo di rex1, tramite l'istituzionalizzazione dell'autorità del diritto (norma di mutamento = fare leggi, norma di giudizio = dare giudizi in tribunale, norma di riconoscimento, la quale esiste in allineamento alle altre 2).

**NORMA DI RICONOSCIMENTO** → **prassi concorde**, condivisa da atteggiamenti interni di accettazione da parte di specifici funzionari dentro l'ordinamento ed è la norma fondamentale del sistema giuridico.

Non è affatto detto che sia formulata esplicitamente ma spesso si manifesta nelle **prassi** dei funzionari dell'ordinamento **che rispecchiano l'accettazione dei criteri di validità operativi dentro l'ordinamento**.

La nostra **norma di riconoscimento** si trova nell'art. 1 delle preleggi che elenca le fonti del diritto italiano (è quindi esplicita), mentre la **norma di mutamento** sarebbe l'art. 70 cost., che conferisce alle camere il potere di fare leggi.

Ci sono quindi delle prassi che corrispondono all'esistenza di questa norma, che può essere canonicamente formulata come nel civil law, oppure implicita nelle prassi costituzionali, come nell'ordinamento inglese, che non ha una costituzione scritta ma in ogni caso si trovano queste norme sotto forma di consuetudini.

Noi registriamo l'**esistenza** di questa norma secondaria **attraverso l'osservazione dell'operato dei funzionari**, i quali **accettando** questa norma come proprio criterio di condotta, producono giudizi (i tribunali). Però questa norma esiste e si manifesta nelle prassi, quindi non è necessariamente detto che la prassi identifichi una norma: può anche succedere che dall'esistenza di una norma vengano create le prassi.

Il problema può essere formulato grazie al fatto che Hart definisce la norma di riconoscimento come non necessariamente formulata ma sempre esistente (quasi mai formulata, per Hart, che vive in un ordinamento di common law).

Essendo un criterio SUPREMO E DEFINITIVO della validità dell'ordinamento, non è una norma **né valida né invalida**: manifesta la validità dell'ordinamento nel fatto che racchiude in sé i criteri di validità operativi dentro quell'ordinamento ma poiché li contiene non è né valida né invalida.

Problema analogo alla norma presupposta di Kelsen, perché essa in realtà è una manifestazione del principio di effettività del diritto internazionale, cioè la validità del singolo ordinamento come dipendente dal sistema del diritto internazionale.

Invece in Hart, questa norma semplicemente esiste, non è né valida né invalida: dice questo perché, innanzitutto è irrazionale chiederselo, perché è come se noi ci chiedessimo se il metro campione fosse davvero lungo un metro e fosse davvero il metro.

Lo è e basta, non ha senso chiedersi se è valido o meno, essendo esso stesso il presupposto di validità.

**ORDINAMENTO VALIDO**: l'esistenza di un ordinamento giuridico nella sua validità non lo registro partendo da uno standard di validità ma partendo dai fatti, osservando che quell'ordinamento funziona ed evincendo i criteri di validità partendo da queste prassi.

La norma di riconoscimento è uno standard, ed essendo tale, non ha senso chiedersi se è valido, lo è e basta.

Dice poi che è un **criterio supremo** della validità: è suprema nel senso in cui è possibile che esistano nello stesso ordinamento più norme di riconoscimento ma alla fine la norma di riconoscimento fondamentale del sistema **è la norma che occupa la posizione di criterio di validità supremamente gerarchico**, che è quella che alla fine prevale nelle prassi. Dicendo questo, si immagina che essa **possa anche cambiare**.

Dice poi che la norma fondamentale è un **criterio definitivo**: criterio di fatto quindi, cioè che sia formulata o che non lo sia, i funzionari dell'ordinamento giuridico complesso, sanno sempre trovare e definire la validità di una norma, rispetto alla pratica che devono compiere, a partire da questa norma di riconoscimento, cioè hanno sempre in mano uno strumento attraverso il quale ricominciare la validità di una norma, ossia la sua appartenenza all'ordinamento. Non c'è quindi bisogno di postulare dei concetti logico trascendentali, come invece sosteneva Kelsen, ma è **necessario che, per dire che essa esiste ed è definitiva** (cosa che fanno i funzionari), devo osservarla dal punto di vista esterno e poi dire che è accettata come valida come criterio di condotta dai funzionari. Per questo è atipica rispetto alle altre.

Essa non è PRESUPPOSTA, ma è ESISTENTE.

Esiste per come si manifesta nelle prassi di accettazione dei funzionari.

Ogni ordinamento giuridico è una rete di punti di vista interni ed ogni ordinamento giuridico manifesta questi **punti di vista interni** su 2 livelli:

- atteggiamenti di accettazione del singolo soggetto normativo che accetta le norme primarie;
- atteggiamenti di accettazione dei funzionari, cioè di coloro che ne considerano le norme secondarie come compiti per sé.

Qui stiamo dicendo che l'ordinamento giuridico è un insieme di norme che esistono dentro l'ordinamento: esistono nei comportamenti di accettazione e nell'osservazione di questi comportamenti e nell'osservazione della conformità di tali comportamenti.

Questo non ha niente a che fare con l'obbedienza e coattività.

Esiste perché esistono relazioni coordinate tra i soggetti che ci vivono dentro (coordinazione e condivisione delle prassi).

Per Hart **non esiste un'esistenza virtuale dell'ordinamento (il dover essere di Kelsen)**, ma **solo ciò che osserviamo**, le **prassi**, vedendo come si comportano, e non è detto che gli enunciati debbano avere una controparte fonetica o scritta ma è il modo in cui si comportano, dando all'accettazione una controparte concettuale e linguistica.

Questa è la realtà di Hart.

Un ordinamento prima esiste e se esiste in questa roba qui, allora può essere definito valido.

C'è un'idea di circolarità come c'era nella norma fondamentale, però il tutto tirato giù dall'elemento trascendentale ma messo nella realtà empirica.

Se non avessimo queste prassi di accettazione condivisa né a livello primario né a livello secondario, non potremmo parlare di diritto.

Questa accettazione dei funzionari **non è un'accettazione morale**, nel senso di "fare bene nel fare così", ma è semplicemente **la condivisione di criteri pubblici della validità** e se questa condivisione non ci fosse, i soggetti destinati ad accettare le norme primarie (noi) non avrebbero alcun motivo di farlo.

Non è un'adesione morale, così come l'accettazione di norme primarie non è un'adesione morale, ma **il sistema di obbedienza è razionale: la norma giuridica è la ragione di una mia condotta**.

È accettata perlopiù dalla maggior parte delle persone e questo perché se fosse **accettato solo dalla minoranza** ad un certo punto **morirebbe**, perché **se l'effettività di un ordinamento si basa sull'accettazione delle norme, se questa compete ad una minoranza (che siano soggetti primari o funzionari), non avrebbe nemmeno senso parlare di ordinamento giuridico**.

È su questo assomiglia molto a Kelsen, il quale pur non dando una soglia di accettazione, dice che si deve essere un'adesione **né massima né minima**, altrimenti non avrebbe senso l'esistenza stessa dell'ordinamento.

Accettiamo la violenza del diritto perché sappiamo che i funzionari lavorano in base a criteri pubblici, condivisi, che garantiscono la sopravvivenza dell'ordinamento.

Questa accettazione non è necessariamente morale, non è un'adesione morale (nemmeno quella delle norme primarie).

La **ragione** è solo **razionale**. Se poi del tutto contingentemente viene aggiunta una ragione morale sono affari privati. Non è necessaria ai fini dell'ESISTENZA dell'ordinamento giuridico.

Un'accettazione critico-riflessiva che imputa ai soggetti una razionalità che è la stessa che guida un soggetto anche ad essere deviante e a far capire ai soggetti non devianti le ragioni per cui bisogna fare pressione sociale sui soggetti devianti.

Non "deve" essere accettata da tutti ma "è" accettata da tutti, perlopiù. Altrimenti ad un certo punto morirebbe.

TEORIA DELLA NORMA DI RICONOSCIMENTO: la validità è l'effettività.

Ad un certo punto però dirà che non è così: **la validità dipende dall'atteggiamento di accettazione della regola di riconoscimento dopo aver osservato che funziona** (punto di vista esterno è presupposto della punto di vista interno, viene prima).

Quando si osservano i comportamenti dei funzionari si può dire dal **punto di vista esterno** che esistono quei criteri di validità (perché li osservo) ma se si è anche funzionari e non semplici teorici del diritto, si adottano quei criteri di validità già osservati come funzionanti ed effettivi (**punto di vista interno**), e da essi viene detto che questi sono i criteri di validità.

Allora Hart dice che questo fa sì che non si deve confondere validità ed efficacia, perché **la validità è un giudizio che esprimiamo dopo l'aver constatato l'efficacia** (in realtà però, l'idea che la validità sia immanente agli atteggiamenti di accettazione dei criteri, fa sì che quegli stessi criteri, sono i criteri dell'efficacia dell'ordinamento).

La storia cambierà e capiremo che la norma di riconoscimento è ben più di questo, quando Hart spiegherà il rapporto che c'è dentro i nostri ordinamenti fra diritto e morale e perché la norma di riconoscimento è fondamentale per capire questo rapporto.

Capiremo lì che la norma fondamentale è qualcosa di più rispetto a come è stata interpretata fino ad adesso. Ma per ora è questo.

### STRUTTURA APERTA DEL DIRITTO

Dipende dal fatto che il diritto è descritto attraverso le parole.

Ha una dimensione linguistica il diritto e questo appartiene alle tradizioni giuridiche più complesse.

E perché le parole utilizzate dal diritto sono generiche, questo pone il problema della loro definizione nel senso che tutte le volte che io devo capire che cosa una norma mi dice (poiché devo accettarla dal punto di vista critico-riflessivo).

Quindi di fronte a norme giuridiche espresse attraverso il linguaggio, il primo ostacolo è come si passa dalle parole attraverso cui il diritto è espresso alla identificazione del loro significato.

La cultura giuridica occidentale ha adottato 2 espedienti fondamentali per aggirare questi ostacoli linguistici, e far sì che ogni norma veicolasse in maniera certa il significato, per realizzare la certezza nonostante le parole del diritto sono parole, del linguaggio comune e come tali, sono afflitte dai medesimi difetti di vaghezza e incertezza del linguaggio comune.

Questi 2 espedienti sono:

- Il civil law: attraverso la formulazione norme generali e astratte, modelli di comportamenti che hanno la pretesa di essere chiaramente identificabili.

- Il common law: ricorso ad esempi paradigmatici, che sono le decisioni dei tribunali intesi come precedenti vincolanti.

Tramite questi 2 modi si è cercato di raggiungere la massima certezza di un linguaggio che comunque non riesce mai ad esserlo definitivamente, perché è il linguaggio naturale (naturale nel senso di quel linguaggio utilizzato normalmente per parlare fra di noi, quello tecnico è invece quello delle discipline o competenze tecniche che non è del tutto naturale).

C'è poi il linguaggio simbolico, la logica, la matematica, che restituiscono esattamente quello che sono, non c'è spazio all'interpretazione, a differenza di quello naturale).

Gli sforzi della cultura giuridica moderna è quello di esprimere le norme con un linguaggio inoppugnabile: il sogno è il formalismo in sostanza, in cui vi è uno ed uno solo di significato.

Quindi, o norme generali e astratte o precedenti vincolanti. Ma sono 2 espedienti adatti questi?

DOMANDA D'ESAME: quando chiede la struttura aperta, spiegare questo e non interpretazione mista!

STRUTTURA APERTA → vuol dire non tanto che c'è una totale indeterminatezza del significato ma il fatto che gli sforzi compiuti nel dare al diritto un rivestimento linguistico certo, fanno sì che tutte le volte che l'interprete si trova davanti ad una norma, non trova una norma che come dicono i realisti, ha qualunque significato, ha per lo più lo stesso significato per tutti.

Davanti alla norma "vietato fumare" in un locale pubblico, tutti saranno convergenti nell'attribuire a quell'enunciato linguistico, la medesima interpretazione.

Questa è la zona di luce dell'enunciato linguistico, cioè la possibilità che tutti i potenziali interpreti di quell'enunciato convergono in quel significato.

Questo dà ragione ai formalisti del diritto e questo è per lo più l'effetto degli sforzi compiuti dagli ordinamenti giuridici.

La struttura aperta sta nel fatto che attorno alla zona di luce di significato condiviso e certo, ci sono dei margini di penombra che sono quelli dentro cui sguazza lo scettico del diritto, cioè quei margini di incertezza del significato che danno ragione allo scettico e non al formalista.

Quindi di fronte ad ogni norma giuridica espressa in un linguaggio più o meno naturale, nonostante gli sforzi dell'ordinamento di restituire enunciati univocamente interpretabili, i funzionari identificano un **nucleo certo di significato (zona di luce)**, mentre ai margini, quindi **una zona marginale, c'è l'incertezza (la penombra dei significati)**, cioè un significato incerto che può essere passibile di interpretazione non formalistica e che dà ragione ai realisti scettici. Questo vale per tutte le norme.

Anche le norme secondarie. Non è un'apertura dell'enunciato linguistico a qualsiasi interpretazione, ma solo per i suoi margini!

A cosa serve la zona di luce? **Se non esistesse, non avremmo i punti di vista interni** rispetto alle norme.

Io accetto in maniera critico-riflessiva una norma come un modello di condotta per me, rappresentando questa accettazione come estesa anche alle altre persone per le stesse ragioni per cui si estende a me, solo se la norma di condotta è un modello di condotta chiaro e identificabile da tutte le persone.

Anche se non tutte, la maggior parte. **Se gli interpreti non avessero queste zone di luce e non identificassero attraverso le loro interpretazioni reiterate quella zona di luce, non avremmo accettazione del diritto.**

La zona di luce non è identificabile solo in quella parte chiara del linguaggio ineditabile nel suo significato univoco ma anche in quelle prassi interpretative che convergono su quei significati.

Se così non fosse non sarebbe sensato parlare di punti di vista interni. Quindi i confini della certezza della norma sono costruiti dalle prassi interpretative.

I 2 famosi espedienti sono falliti, perché quella zona di penombra non si elimina mai: l'ordinamento giuridico si regge sulla limitazione di questa penombra ma non la elimina del tutto.

PROBLEMI DEL CIVIL LAW → la norma generale e astratta è sembrato al civil law il modo per eliminare l'incertezza, tuttavia i formalisti dimenticano che gli interpreti del diritto, spesso si trovano a dover decidere di un caso alla luce di considerazioni che non hanno a che fare con l'enunciato originario del legislatore ma con gli interessi dell'ordinamento.

PROBLEMI DEL COMMON LAW → il common law invece, che ha preso come espediente il precedente vincolante, non è poi tanto diverso dalla norma generale e astratta perché fallisce nel momento in cui il non prende il precedente vincolante in sé e per sé ma la ratio decidendi, cioè ciò che l'interprete estrapola come decisione razionale dalla sentenza in quando tale.

Essendo il motivo della sentenza, assomiglia molto alla norma generale e astratta.

Ogni volta che un tribunale decide qual è il precedente vincolante, lo identifica attraverso la ratio decidendi che estrapola dalle decisioni fatte da altri tribunali ed il modo in cui la estrapola da una decisione o da un'altra, può essere diversissimo.

Il modo attraverso cui viene utilizzata una decisione precedente per estrarne la ratio decidendi, è roba essa stessa passibile di interpretazione.

➤ Così facendo, nessuna delle 2 si libera del problema della struttura aperta del linguaggio.

Quindi ci sta dicendo che i 2 sistemi nel formulare norme che siano massimamente certe (soleggiate) continuano comunque ad avere il problema della penombra.

Quindi, sia un sistema che l'altro hanno una struttura aperta.

Tutto questo fa fallire non solo l'espediente di common law ma anche l'approccio dei realisti scettici che dicono che qualunque interpretazione del diritto è produzione essa stessa di norme: non è vero perché nelle **ratio decidendi c'è un vincolo per i tribunali** e quella ratio decidendi non è qualunque, **è una norma generale e astratta**, estratta dal caso particolare.

## INTERPRETAZIONE

### *FRA REALISMO E SCETTICISMO INTERPRETATIVO:*

La struttura aperta del diritto si occupa di cosa significa usare una norma da un punto di vista interno. Una norma è tale ed esiste, esiste negli usi, che sono coordinati dentro l'ordinamento giuridico.

Già il fatto che Hart abbia insistito sul livello primario e secondario delle norme, fa capire che essi sono connessi e vi è coordinazione fra questi usi.

Se siamo arrivati al punto di spiegare cos'è una norma, il suo uso ed esistenza, bisogna vedere cosa succede quando i funzionari usano le norme.

Uno di questi usi è quello dei funzionari addetti all'uso delle norme (norma da applicare ad un caso per essere risolto).

Dentro un ambito positivistico come quello di Hart, si parla di struttura aperta del diritto e la verità sta nel mezzo tra formalismo e scetticismo interpretativo.

Il linguaggio naturale è suscettibile di **indeterminatezza**, nonostante gli sforzi fatti dentro ogni ordinamento giuridico moderno di limitare gli spazi di questa indeterminatezza; del resto l'ordinamento si evolve e diventa più complesso, per fare meglio il suo lavoro.

I 2 sforzi sono quelli tipici del common e del civil law: in entrambi l'idea scettica e formalistica si dibattono anche rispetto a questi 2 sforzi, per rendere più chiaro il significato delle norme.

Il civil law cerca di qualificare fattispecie nella maniera più oggettiva possibile, senza lasciare troppo spazio alla discrezionalità interpretativa.

Ogni ordinamento giuridico predispone anche i canoni interpretativi. Nel common law ci sono invece i precedenti vincolanti, che sono il modo attraverso cui la cultura di common law ha stabilito maggior precisione (casi paradigmatici).

Stabilisce che ad essere il cuore di veicolazione dell'ordinamento non sono le norme generali ed astratte che abbiamo noi ma sono i casi paradigmatici, i precedenti.

Nel civil law si utilizza questo metodo di norme generali ed astratte nella presunzione e nell'auspicio che da queste derivino principalmente interpretazioni sillogistiche.

### ZONA DI INDETERMINATEZZA DELLA REGOLA DI RICONOSCIMENTO:

Ma poiché sono 2 estremi e per Hart la verità sta nel mezzo: le norme generali e astratte sono semanticamente vaghe e ambigue (l'idea stessa di veicolo, di Hart, lo è) e le categorizzazioni a cui il linguaggio si affida, hanno una peculiarità per Hart: essendo una categorizzazione, induce i soggetti che interpretano e fruiscono queste categorizzazioni, a convergere nell'attribuzione del senso.

Questo determina il fatto che l'affidarsi a questi termini generali e astratti, l'identificazione di prassi interpretative concordi, rappresenta la zona di luce del suo significato.

C'è sempre un momento in cui però questa zona di luce sembra restringersi: sono momenti analizzabili da un punto di vista concettuale, che vive nei comportamenti e allora le condotte dei funzionari e dei privati possono cambiare.

In questa zona in cui la luce si affievolisce i formalisti falliscono (coloro che sostengono le norme generali e astratte): questo è il momento in cui il formalismo interpretativo ha torto perché il fatto che dicano che la norma deve avere una sola interpretazione, perché è a questo tipo di certezza che si affida l'ordinamento giuridico, è una sorta di utopia.

È sintomo del fatto che l'ordinamento ha a che fare con interessi più complessi da quelli immaginati dal legislatore originario e non deve essere un problema per i formalisti, a meno che essi non siano così ingenui da pensare che l'unico significato è quello che gli è stato attribuito dal legislatore.

NB: quando una zona di luce si offusca, tutto il resto dell'ordinamento continua a vivere sotto la luce! La zona di indeterminatezza di una norma, è l'indeterminatezza di una norma, non di tutto il resto dell'ordinamento, che vive nella luce. Quindi il formalista cessa di aver ragione quando identifica questa zona di penombra.

Zona di indeterminatezza della norma di riconoscimento (dentro la struttura aperta della norma di riconoscimento), la quale **non** è passibile di interpretazione ma ha comunque una struttura aperta: essa è **usata**, è una **prassi**, non è una norma come le altre, **contiene tutti i criteri di validità** ma non è valida. È usata, si manifesta, **esiste**, non è necessariamente formulata ma se lo è ha sicuramente una zona di penombra (pensiamo all'art. 1 delle preleggi: non dice tutto ciò che c'è da dire del nostro ordinamento).

La norma di riconoscimento non è una norma valida in sé e per sé ma è un **insieme di criteri**, utilizzata soprattutto dai tribunali, che possono avere dubbi se una norma valutata alla luce di questa, possa essere valida. Ci può essere un momento di vita vissuta in cui coloro che devono valutare la validità della norma in questione alla luce dei criteri immessi nella norma di riconoscimento, non lo sappiano fare, perché la norma di riconoscimento, come le altre, ha una struttura aperta.

La zona di apertura della norma di riconoscimento è molto limitata rispetto a quella dove è chiusa (di coloro che la utilizzano senza dubbi) ed è questo substrato di certezza che consente ai tribunali di risolvere il dubbio.

Quindi anche se non è chiaro se una norma rispetta tutti i criteri di validità presenti nelle prassi di riconoscimento, si può però esprimere un giudizio sulla validità nuovo.

È possibile che la zona d'ombra della norma di riconoscimento possa essere riempita con dei nuovi criteri di validità. Questi nuovi criteri vengono **presi dalla morale**: ecco perché Hart diventa il teorico del **positivismo inclusivo** (pescando dalla morale i nuovi criteri di validità della norma di riconoscimento).

Questa è una zona di apertura della norma di riconoscimento, ed è identificata dai tribunali.

Il formalismo giuridico ha quindi per lo più ragione (perché la zona di luce supera la zona di penombra), **ma non seccamente**, per ciò che abbiamo appena visto e spiegato, fallendo nel non considerare il fatto che emancipandosi dalla volontà originaria del legislatore, può assumere significati diversi in alcune zone di applicazione (certamente non in tutte), dovendo riconoscere questa zona di penombra, ma ciò non è avvenuto perché hanno un'ossessione di determinatezza.

L'altra opzione, i casi paradigmatici, darebbe ragione agli scettici (realisti), che dicono che i tribunali producono diritto senza chiamare in causa norme generali e astratte applicate dai tribunali, ma attraverso le decisioni particolari.

Non c'è la sussunzione ma solo la produzione di decisioni particolari.

Però non considerano alcune cose per Hart, mostrando che possono aver ragione ma non sempre (come i formalisti): **Ross**, che è un **realista** per eccellenza, dice che i casi paradigmatici sono tutto ciò che serve per dire che il diritto esiste in quelle azioni.

È scettico perché non fa appello all'esistenza di norme generali e astratte che dovrebbero essere utilizzate dai tribunali, ma loro decidono e basta, sulla scorta delle decisioni prese in precedenza.

In realtà una decisione in sé e per sé non è una decisione vincolante a meno che l'ordinamento non si sia incaricato di estrapolare quel principio generale di decisione (ratio decidendi), diventando norma generale e astratta. In più c'è lo stare decisis, che vincola i giudici ad attenersi alle decisioni precedenti.

Il problema è che estrapolando la ratio decidendi, non c'è un unico modo di farlo: c'è lo stare decisis, la ratio decidendi (tutte e 2 compatibili con lo scetticismo) ma il problema è che gli scettici continuano a non vedere la zona di luce, che sarebbe il fatto che i tribunali hanno i medesimi criteri di validità, cioè è come dire che se anche noi siamo scettici e non vogliamo vedere vincoli nella decisione dei tribunali da parte delle norme generali e astratte, ma quello che avviene è che i tribunali in ogni caso, convergono per lo più, nelle forme di decisioni prese, perché in qualche modo usano la medesima norma di riconoscimento.

Quindi anche lì dentro c'è la luce ma lo scettico del diritto non la vuole vedere.

Lo spazio della discrezionalità data alla decisione giudiziale dal realista scettico, è troppo ampio e non plausibile dentro l'ordinamento giuridico.

Egli avrebbe ragione nel fatto che esiste questa discrezionalità di interpretazione della ratio decidendi, compatibile con lo stare decisis, ed anche nel fatto che se mai è la sfera di indeterminatezza della norma che non si può stabilire a priori, cioè prima che venga applicata ai casi (dà ragione al realista scettico e torto marcio al formalista).

Prima dei tribunali, ci sono le norme che autorizzano i tribunali: questo dà **torto assoluto al realismo giuridico radicale** ("il diritto esiste solo dopo che il tribunale l'ha creato"). Il diritto è fatto anche dai punti di vita interni (atteggiamenti di accettazione), il che vuol dire che i tribunali lavorano perché ci sono dei punti di vista interni che hanno creato il substrato del diritto, e quello è esso stesso diritto.

Quindi l'errore concettuale del realismo giuridico è che i tribunali lavorano in assenza del diritto (esiste l'ordinamento prima di loro) perché esiste l'ordinamento creato nelle prassi, cioè i punti di vista interni.

Non siamo allora di fronte all'ipotesi del collasso del sistema: anche il fatto che la norma di riconoscimento ha uno spazio di apertura non lo manda in scatafascio perché i giudici hanno l'autorità di usarla e sono sorretti da quella rete di punti di vista interni di tutte quelle corti che le hanno precedute.

Il fatto che abbiamo degli ordinamenti giuridici che contengono norme come il divieto di uccidere è perché hanno risposto originariamente a delle ragioni di tipo morale e Hart dirà quali.

Ecco perché nei rapporti tra diritto e morale c'è questa famosa teoria del contenuto minimo di diritto naturale dentro agli ordinamenti giuridici positivi, ribattezzato INCLUSIVISMO.

#### DEFETTIBILITA' DEL RAGIONAMENTO GIURIDICO

Né formalismo né scetticismo rappresentano in senso stretto il modo corretto di concepire l'interpretazione giuridica dentro gli ordinamenti complessi.

Per avvicinarsi a questo esito, sostenendo la plausibilità di una interpretazione che stia nel mezzo, Hart prende anche in considerazione il rapporto fra civil law e common law, essendo anch'esso un raffronto di modelli.

Hart introduce una **zona di luce** (significati chiari e univoci veicolati attraverso il linguaggio giuridico) e secondo lui nessuna delle 2 categorie, quando prendono posizione agli estremi, sono consapevoli del fatto che ogni norma giuridica presenta delle eccezioni alla sua applicazione (cosa che sembra dar ragione agli scettici ma nemmeno questi capiscono che non hanno al 100% la ragione in tasca).

Kelsen colloca tutta la sua disquisizione dentro il carattere dinamico dell'ordinamento, mentre **Hart** (che ha un occhio di riguardo per il common law) introduce un tema che diverrà molto caro anche a Barberis, che è quello della **"defettibilità del ragionamento giuridico"** (defeasibility).

Il tema è il seguente: sia dentro il common law che il civil law c'è la consapevolezza che quando siamo di fronte ad una norma giuridica che va applicata ai fini interpretativi, è possibile che essa presenti delle eccezioni implicite alla sua applicazione (implicite= il legislatore quando l'ha formulata non poteva prevedere tutti i casi futuri di quella norma).

Esempio: norma che impone il divieto ai veicoli di entrare nei parchi pubblici. Il legislatore magari all'epoca non aveva previsto che sarebbero arrivati in futuro dei veicoli che non rientrano canonicamente nel concetto di diritto, i quali sarebbero potuti entrare, rappresentando un'eccezione alla norma (oppure il fatto che esistano mezzi che fanno eccezione, come le ambulanze).

A questo punto il vero problema è che perlopiù si pensa che siccome esistono delle eccezioni di applicazione alle norme, esse producano un argomento a favore dello scetticismo interpretativo (antiformalismo per eccellenza).

La norma che se si dà A allora deve conseguire B, può essere formulata così: se si dà A si deve avere B, a meno che...

• È il **"a meno che"** che introduce **l'eccezione**.

Questo è un argomento a favore dello scetticismo? Dipende. Mettendoci nell'ottica del common law ci accorgeremo di come è abbastanza ovvio che succeda, dicendo Hart che quindi non può considerarsi un vero e proprio argomento a loro favore.

Per il civil law è un problema, perché sono così rare che quasi vanno "smascherate", cosa che **non avviene nel common law**, perché appunto è la normalità che accada che un tribunale decida sulla base dello stare decisis e del precedente vincolante, portando a disapplicare una ratio decidendi, a favore del distinguishing quando questo sia considerato necessario.

Questa cosa, che è un "caso" nel formalismo interpretativo, è del tutto simile a quello che accade in common law, dove qualsiasi tribunale può prendere le distanze dalla ratio decidendi apparentemente vincolante, tramite il distinguishing.

Quindi la grande differenza tra civil e common law è che il civil law è fatto di norme prodotte da un legislatore ed il common law è fatto di norme prodotte dai tribunali (dall'interpretazione).

Quindi la **defettibilità** che accomuna entrambi i tipi di ragionamento, è semplicemente una questione di grado, facendo più fatica il civil law ad accettare queste eccezioni.

La defettibilità è una caratteristica intrinseca ed inevitabile dell'interpretazione giuridica: il legislatore infatti blinda la norma, cioè per lo più le norme non presentano eccezioni, in quanto il legislatore prevede parte delle situazioni.

La gran parte. Non tutto però (ecco perché esistono le eccezioni), anche se sono casi marginali: è ovvio che gran parte della norma vive nella luce.

Per blindare la norma è lo stesso legislatore a dire che essa si applica così, cosà, "eccetto che in questi casi"

**Se l'eccezione è prevista dal legislatore, è però INDEFETTIBILE**, dal momento che **è lui a dirlo**, perché se non lo dice l'interprete può intrufolarsi nelle zone di penombra ma facendo così, contemplando l'eccezione, egli blinda la norma, al quale diventa indefettibile.

È solo dove il legislatore non arriva che interviene l'interprete con la sua discrezionalità e ciò non porta a dire che quella norma non sia valida (come gli scettici dicono: è norma giuridica solo ciò che decide il legislatore) ma semplicemente varrà applicati in tutti gli altri casi di luce.

Quindi gli scettici continuano ad aver torto quando concepiscono uno scetticismo senza eccezioni.

Nel diritto penale poi, dove c'è il divieto di ricorso all'analogia, è un altro caso in cui c'è **indefettibilità** perché l'interprete può fare ben poco: è un caso di indefettibilità non della norma ma del ragionamento giuridico in quanto tale (a differenza del caso presente di defettibilità).

La defettibilità è una caratteristica dell'ordinamento giuridico.

Ragionamento sillogistico → Tipico del civil law

Se il sillogismo è una ricostruzione ex post attraverso cui un tribunale motiva la sentenza, non è in realtà il ragionamento effettivo, il quale avviene all'interno della testa dell'interprete ed è imperscrutabile.

In gran parte lo è, non del tutto perché **rimane vincolato alle norme, ma non è un algoritmo.**

Il panorama è quindi di somiglianze e convergenze in cui l'ordinamento giuridico complesso ha cercato di elaborare sulla certezza del diritto.

## DIRITTO E MORALE

Tra il capitolo 8 e 9, Hart ci mette di fronte all'idea del **giuspositivismo inclusivo**: anche in una concezione giuspositivista come quella di Kelsen, c'è una parte di **inclusione di morale nel diritto**, allo scopo di rendersi **giustificabile e accettabile** da parte dei consociati.

Una piccola parte di diritto naturale viene inclusa nella norma.

Se una norma va contro la natura umana, questa **difficilmente**, anzi quasi per nulla, diventerà una norma **accettata da qualcuno**.

Quindi questo fa sì che negli ordinamenti avviene una certa sovrapposizione fra norme giuridiche e norme morali.

Questa inclusione fa sì che il positivismo giuridico di Hart venga chiamato **inclusivista** (anche se non è Hart in prima persona a dirlo).

Sono 3 i modi in cui Hart organizza il **rapporto tra diritto e morale**:

❖ **RAPPORTO TRA DIRITTO E MORALE CONDIVISA (O POSITIVA)** la morale non è qualcosa di estraneo alle regole sociali ma anzi immanente alle regole sociali.

*Può il diritto racchiudere norme morali in totale contrasto con la moralità condivisa da un gruppo?*

Il positivismo giuridico di Austin cerca di contrastare l'idea per cui tra diritto e morale esistono delle connessioni necessarie.

In realtà **non è una connessione normativa necessaria** (o si conforma o non è diritto), dice Hart, basta ammetterla come **contingente**: diritto e morale si connettono in maniera contingente, cioè **storica**.

Si connettono storicamente.

È una connessione non necessaria ma contingente (cioè non in senso normativo), che, guardando i nostri ordinamenti noi vediamo.

Ci sono norme morali che rispondono ad un **telos** (la sopravvivenza, cioè che interessa all'uomo è conservare se stesso) ed il diritto positivo si allinea a questo telos (questo non trasforma Hart in un giusnaturalista, perché dice che **non è necessario che il diritto incarni la morale, ma siccome lo ha fatto, bisogna guardare in faccia questa realtà = giuspositivismo inclusivo**).

○ **Giusnaturalista: il rapporto fra diritto e morale è obbligatorio**, altrimenti non si può definire giuridica una norma. Diritto e morale **DEVONO** connettersi. Connessione normativa.

Il giusnaturalismo per Hart è questo: va sempre a parare con l'ovvia ragione per cui noi accettiamo il **diritto** e lo **accettiamo nonostante la sua rigidità perché garantisce il telos della sopravvivenza** garantito dalla morale, che è una morale razionale.

Ogni forma di giusnaturalismo ha veicolato l'idea che la morale è tale se persegue il telos della sopravvivenza umana (fine morale più alto di tutti).

Il filo conduttore di tutto il giusnaturalismo occidentale è la sovrapposizione tra morale e razionalità umana (non c'è nulla di più razionale di questo telos di sopravvivenza).

○ **Giuspositivista**: un giuspositivista come Kelsen, è interessato a studiare il diritto come diritto positivo, a cui la **morale/giustizia interessa ma solo storicamente**, e poiché l'oggetto dell'ordinamento è la norma positiva del legislatore umano come espressione della sua volontà, **tutti quegli elementi non specificamente giuridici vengono separati**. Diritto e morale sono **SEPARABILI**.

○ **Inclusivismo Hart**: è necessario buttare fuori dal diritto un suo pilastro (come la morale)? Lui è un normativista e dice che l'ordinamento giuridico complesso è formato da norme primarie e secondarie (diritto positivo) ma dice che il rapporto fra **norme giuridiche e morali è di grande intersezione** che noi possiamo osservare e che se noi osserviamo, finiamo per dire che diritto e morale si intrecciano, non in senso normativo ma **contingente**.

Quindi **POSSONO** intrecciarsi ma questa connessione è storicamente data, quindi descrivibile da un teorico del diritto come Hart.

Per lui **giustizia** è quella prodotta da un ordinamento che si mantiene neutrale rispetto alle idee di bene (che non insegnerà attraverso le norme giuridiche una qualche idea di bene).

Gli ordinamenti devono mantenersi neutrale rispetto all'idea di bene (incarnata dagli uomini).

Anche John Stewart Mill parlava di questo: il diritto deve essere neutrale rispetto ad ogni idea di bene e questo garantisce l'auto-determinazione morale delle persone.

Il diritto deve intervenire a sanzionare le scelte delle persone solo quando queste scelte sono di danno a terzi.

Quindi serve neutralità rispetto al bene e il bene è scelto in maniera libera da un soggetto fino al punto in cui non sconfina in danno a terzi.

Questa distinzione non è mantenuta da quegli ordinamenti che identificano il bene e lo incarnano in ogni norma, con la presunzione che l'autorità giuridica è quella che ha la possibilità di incarnarlo ed immetterlo nell'ordinamento.

Così facendo per lui, si crea non l'ordinamento complesso ma un tipico ordinamento primitivo (rex I).

→Hart: distinzione BENE / GIUSTIZIA: qui vengono in gioco le tesi sulla morale dello schema (foglio).

#### ❖ **RAPPORTO TRA DIRITTO E CONTENUTO MINIMO DI DIRITTO NATURALE:**

Hart introduce 5 truismi, che sono **verità fondamentali autoevidenti sulla natura umana**, e poiché il diritto serve all'uomo, il diritto ha finito per costituirne la base per le sue norme fondamentali (e questo avviene sulla base del giusnaturalismo).

Queste rappresentano lo scopo per cui sono nate, cioè la sopravvivenza.

Questi 5 truismi sono **contenuto minimo di diritto naturale** dentro gli ordinamenti giuridici.

Quindi abbiamo un rapporto tra diritto e morale così strutturato: il diritto ha introiettato la morale condivisa a livello universale come natura umana.

Tramite i truismi spieghiamo come vanno le cose nei nostri ordinamenti e perché vengono sovrapposti i contenuti morali e giuridici (ex: divieto di uccidere, c'è la morale nel diritto).

Un concetto di diritto che includa tutto ciò che il diritto può essere, non possiamo né essere specialmente giusnaturalisti né specialmente costituzionalisti ed infatti **Hart è un positivista che dice che il rapporto fra diritto e morale si dà e non è normativo ma storico e contingente**.

Ma nelle società umane della considerazione del diritto il giusnaturalismo prevale su ogni considerazione positivista da quando esso nasce, perché nessun teorico del diritto potrebbe mai ammettere che si può dare un ordinamento giuridico positivo in contrasto con le esigenze della morale umana.

*Quali sono queste necessità ed esigenze?* Sono i **truismi**, la natura umana è quella che è.

**Identificandoli, capiremo qual è il contenuto minimo di diritto naturale presente in tutti i nostri ordinamenti giuridici.**

Sono verità non principi morali, distillati sulla natura umana da cui ogni ordinamento giuridico umano attinge per costruire sé stesso, allo scopo di essere obbedito.

Hart dice che il contenuto minimo di diritto naturale spiega il tipo di consenso al diritto, cioè i fenomeni di accettazione del diritto, perché lo accetto nella misura in cui io so che volontariamente allineandomi alle norme, potrò giustificare questo tipo di ragione, quella parte di dissidenza (devianti) sui quali la forza del diritto si abbatte. Il fatto che esistano questi truismi garantisce il rapporto fra accettazione volontaria e accettazione involontaria (i rapporti di forza che si danno dentro l'ordinamento).

Il contenuto minimo di diritto naturale ci garantisce la sopravvivenza, i cui sintomi sono il fatto che molte norme giuridiche è morali sono allineate.

La minoranza (che ha un'idea di bene diversa) non si vede discriminata dal diritto, sono minoranze morali, che non sono toccate dalla forza del diritto; lo sarebbero se tale contenuto non fosse minimo.

>Il senso che Hart attribuisce a questi truismi è il fatto che il diritto naturale entra negli ordinamenti giuridici a strutturare certi modi in cui il diritto si manifesta.

I 5 truismi che avrebbero fatto la fortuna del giusnaturalismo secondo Hart ed hanno rappresentato il modo in cui diritto e morale si sono compenetrati, una morale positiva e convenzionale perché incarna la naturalità, oggettività della natura umana, sono:

1)**Vulnerabilità umana:** l'essere umano è vulnerabile ed è chiaramente una verità. Siamo esseri umani, quindi dipendiamo da qualcuno, e quindi siamo vulnerabili.

Questo comporta il fatto che tutti gli ordinamenti giuridici veicolano le loro esigenze nel prescrivere negativamente modelli di condotta (vietano, e non dicono "fai questo", obbligano a delle omissioni).

Norme giuridiche e morali la maggior parte delle volte collimano nel vietare qualcosa.

2)**Uguaglianza approssimativa:** gli uomini sono approssimativamente uguali. È la natura umana che ci assegna queste somiglianze.

È proprio perché siamo approssimativamente uguali che rappresentiamo una minaccia per gli altri (se fossimo molto differenti, come demoni e angeli, si stabilizzerebbe una gerarchia immediatamente e il problema non si porrebbe).

Abbiamo così ragionevolmente paura degli altri.

Ognuno di noi è una minaccia per tutti gli altri e viceversa.

Noi tendiamo ad unirici in società e darci delle norme proprio perché siamo approssimativamente uguali. Se fossimo diversi in maniera molto netta probabilmente nascerebbero delle gerarchie naturali, in cui il più forte deterrebbe norme.

3)**Altruismo limitato:** siamo soggetti né schifosamente egoisti né oggettivamente altruisti.

Siamo soggetti caratterizzati da un altruismo limitato.

Perché le norme del diritto funzionino, si deve creare all'interno della società, una forma minima di fiducia nel comportamento altrui, che assicura la prevedibilità necessaria alla cooperazione.

Immaginiamo che queste forme di altruismo limitato di tutti, implichi delle forme di fiducia condizionata nel comportamento altrui, che è funzionale al fatto che si crea la possibilità di prevedere quello che gli altri fanno, e quindi le condizioni di una cooperazione necessaria che sappiamo essere il presupposto dell'accettazione del diritto.

Il fatto di condividere la stessa natura crea le condizioni di una cooperazione sociale che rende possibile all'ordinamento giuridico la sopravvivenza (cioè accettiamo le norme).

4)**Risorse limitate:** descrittiva più delle condizioni di vita dell'uomo che dell'uomo stesso.

Se fossero illimitate non avremmo bisogno di ordinamenti sociali.

5)**Comprensione e forza di volontà limitate:** poiché la nostra comprensione e forza di volontà sono limitate, questo implica che abbiamo bisogno dentro gli ordinamenti, di una cooperazione volontaria che rappresenta l'adesione, accettazione all'ordinamento giuridico. Rappresenta il corollario dell'altruismo limitato.

NB: sono tesi descrittive della natura umana, veramente minime.

Di conseguenza Kelsen non ha ragione quando dice che l'ordinamento giuridico può avere qualsiasi contenuto solo perché è frutto della volontà umana: se contenesse qualsiasi contenuto, anche in contraddizione con questi truismi, il diritto positivo non susciterebbe gli stessi atteggiamenti di accettazione che sono necessari alla sussistenza di un ordinamento giuridico.

○ **Esclusivismo:** diritto e morale **NON DEVONO** intrecciarsi.

È una teoria del diritto positivista, che dice che se noi viviamo in una società dove diritto e morale sono compresenti, dal punto di vista positivista, devo individuare nelle norme giuridiche, delle ragioni per agire. Un esempio è Kelsen.

○ **Moralismo giuridico:** il moralismo giuridico immagina che **incarnando il bene e perseguendolo si fa anche il giusto** mentre una **liberaldemocrazia distingue fra giusto e bene**, perché così facendo si immagina che perseguendo il giusto **consenta ad ognuno di perseguire il proprio bene** (bene è una scelta personale). L'equidistanza del diritto e della politica è questo, anche se il moralismo immagina il contrario.

❖ **RAPPORTO TRA DIRITTO E MORALE (O CRITICA)** nel caso di Hart la morale della società dell'epoca condannava gli omosessuali (vedi schema foglio). Rappresenta quella morale in grado di innovare l'ordinamento.