Normativismo

Hans Kelsen (Praga 1881 – Berkeley 1973). Come prima di lui John Austin, Kelsen persegue l'obiettivo di studiare il diritto per quello che è e per come funziona epurando la scienza giuridica da elementi cosiddetti spuri, quali la sociologia, l'etica, la storia.

Non a caso Kelsen chiama la sua teoria del diritto, *Dottrina Pura,* pura in quanto epurata da elementi che sebbene legati al diritto occasionalmente non appartengono alla struttura del diritto.

L'approccio metodologico di Kelsen allo studio del concetto di diritto è dunque quello della *purezza:* "*la dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. E' una teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali.*

Essa come teoria, vuole conoscere esclusivamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto e non politica del diritto"[1].

Poi Kelsen spiega cosa si intenda per *purezza:* "*se viene indicata come dottrina «pura» del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto, e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei. Questo è il principio metodologico fondamentale e sembra di per sé comprensibile a tutti*"[2].

Kelsen spiega anche quali siano le materie o gli oggetti che pur non essendo elementi essenziali del diritto tuttavia sono stati frequentemente confusi col diritto dalle teorie precedenti alla sua:

---

[1] Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto,* p. 47
[2] *Ibidem*

"*Uno sguardo alla scienza tradizionale del diritto nel suo sviluppo durante il corso dei secoli XIX e XX dimostra però chiaramente quanto questa sia ancora lontana dal rispondere a tale esigenza di purezza. In un modo del tutto acritico infatti la giurisprudenza si è infatti mescolata con la psicologia e la biologia con l'etica e la teologia"*[3]

Ora, la scienza del diritto cerca di delimitare chiaramente l'oggetto della sua conoscenza.

Ma il diritto è un fenomeno sui generis: può essere colto col metodo delle scienze naturali? Austin riducendo il diritto a comando del sovrano (e dunque ad un fatto) ammetteva che il diritto potesse essere oggetto di una scienza simile alla scienza naturale.

Ma Kelsen coglie la peculiarità del diritto:

"***Il diritto è un fenomeno sociale, la società è però un oggetto completamente diverso dalla natura, perché è una connessione di elementi del tutto diversa".***

Se il diritto è diverso dalla natura (e cioè dai meri fatti), la scienza del diritto si deve distaccare dalla scienza della natura.

Le complicazioni sorgono però perché nel diritto è presente *anche* una componente fattuale. Se io parlo di una deliberazione dei membri del parlamento sto anche parlando di fatti: di uomini che si riuniscono in un luogo, discutono, alzano la mano. Questo è un accadimento esteriore, un fatto. Però questo fatto non coglie appieno il concetto che sta dietro la deliberazione parlamentare. Il senso di questo fatto (uomini che si riuniscono in un aula, discutono, alzano la mano) è che una legge è stata votata.

[3] Ibidem.

La peculiarità dei fatti considerati come diritto è questa: essi constano di una parte per così dire esteriore che può essere osservata dalla scienza naturale (ad esempio un uomo indossa una toga, si alza, parla in tono concitato). Però in questo fatto considerato diritto vi è anche un altro elemento: il significato, il senso, quasi uno specifico significato immanente all'accadimento o alla fatto esteriore: ad esempio, l'arringa di un avvocato al dibattimento.

"*Un uomo in toga pronuncia da un seggio elevato determinate parole a un uomo che gli sta davanti. Questo accadimento esteriore significa una sentenza. Un commerciante scrive una lettera con un determinato contenuto ad un altro, l'altro invia una risposta: ciò significa che hanno concluso un contratto. Qualcuno cagiona con un'azione qualsiasi la morte di un altro: questo giuridicamente significa un omicidio".*[4]

A questo punto sappiamo una prima cosa basilare. Il diritto consiste di due elementi, uno propriamente fattuale e l'altro che consiste nel significato immanente ad un certo fatto.

Ma da dove viene questo significato?

Il significato può essere soggettivo, cioè può essere attribuito dall'autore dell'atto. Ad esempio una cosca mafiosa si riunisce e stabilisce della condanna a morte di un funzionario pubblico. Gli adepti definiscono questo atto come una sentenza. Ma questo al più è il significato soggettivo di questa riunione, giammai quello oggettivo.

Il significato oggettivo è che si tratta di un delitto.

[4] Ivi, p. 48.

Il significato OGGETTIVO viene dalla NORMA. La norma è infatti uno schema qualificativo di un fatto o un atto: in altri termini è ciò che attribuisce un certo significato ad un fatto o ad un atto.

Leggiamo nuovamente Kelsen:

"*Questo aspetto esteriore è ora, in tutti i casi, un fatto sensibilmente percepibile perché si svolge nel tempo e nello spazio, è un frammento di natura che, come tale, è determinato secondo la legge della causalità… Ciò che trasforma questo fatto in un fatto giuridico (in un atto illecito) è, non già la sua realtà di fatto, in quanto tale, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato casualmente, ma è bensì il senso oggetto che è unito a questo atto: il suo significato*"[5].

In altri termini, un fatto riceve il suo senso giuridico e dunque diventa diritto perché una norma gli attribuisce un certo significato. La norma funziona come schema qualificativo.

"*La qualifica di un fatto come di esecuzione di una sentenza capitale anziché di un omicidio non risulta affatto da una percezione sensibile, ma soltanto da un processo di pensiero: dal riferimento al codice penale e al codice di procedura penale*"[6]

Ma da dove viene la norma? Ci dice Kelsen: **la norma viene prodotta da un atto giuridico che da parte sua riceve di nuovo il significato da un'altra norma.**

Facciamo qualche esempio:

[5] Ivi, 50.
[6] *Ibidem.*

Pensiamo alla norma che stabilisce che il debitore risponde delle proprie obbligazioni con il proprio patrimonio.

Questo significa qualora un debito venga accertato con una sentenza esecutiva, allora c'è una norma che impone che un ufficiale giudiziario si rechi in casa del debitore per pignorare i suoi beni. L'ufficiale giudiziario è obbligato a recarsi dal debitore. Ma da dove proviene l'obbligo che grava sull'ufficiale giudiziario? Proviene dalla sentenza del giudice che ha riconosciuto l'esistenza del debito nonché l'obbligo per il convenuto di adempiere.

E da dove proviene l'obbligatorietà della sentenza del giudice? Proviene da altre norme: (i) dalla norma che attribuisce al giudice il potere di emanare pronunce vincolanti, (ii) ma anche dal contratto che le parti processuali avevano stipulato. L'obbligatorietà del contratto deriva anch'essa a sua volta da una disposizione del codice civile. La vincolatività del codice civile deriva dal fatto che esso è stato emanato da un organo (il parlamento) che aveva il potere di emanare leggi vincolanti.

Da dove deriva il potere del parlamento? Deriva dalla costituzione.

In tutto questo processo i fatti psichici che stanno dietro le norme non contano nulla. Si è visto che per Bentham e Austin ciò che conta ai fini della qualificazione di un atto come giuridico e obbligatorio è l'esistenza di un atto di volontà di un sovrano accompagnato dalla minaccia di una sanzione.

Qui il fatto psichico, così come del resto il fatto naturale non contano in quanto tali. I fatti che stanno dietro le norme (ad esempio la circostanza che un uomo con la toga ha pronunciato un verdetto che impone certi comportamenti alla parte soccombente) contano solo nella misura in cui ad essi viene dato un certo significato da un'altra norma.

Le norme ricevono il significato da altre norme di grado superiore. Questo processo è inevitabilmente a gradi.

Vediamo come Kelsen descrive questo processo:

"*Quando certi fatti naturali vengono qualificati come processi giuridici, ciò non significa altro che ad essi è attribuito un valore da norme il cui contenuto sta in una determinata corrispondenza con l'avvenimento effettivo. Quando il giudice stabilisce come accaduto un fatto concreto, per esempio un delitto, egli rivolge anzitutto la sua conoscenza ad un ente naturale. La sua conoscenza però diventerà giuridica soltanto quando collegherà il fatto constatato con la legge che deve applicare, quando lo qualificherà come «furto» o come «frode».*[7]

Kelsen aggiunge che l'attività del giudice non si esaurisce in un atto conoscitivo. Ma consiste in un atto volitivo. Il giudice infatti prima conosce ma poi decide: decide esercitando un potere in quanto a ciò autorizzato da una norma di grado superiore.

PER KELSEN IL DIRITTO è NORMA O MEGLIO UN INSIEME DI NORME.

Kelsen però ci dice anche qualcos'altro.

Il diritto come sistema normativo dinamico (H. Kelsen)

La teoria del diritto di Kelsen (la "dottrina pura del diritto") si può riassumere nella seguente tesi:

[7] Ivi, p. 51.

Il diritto è un *insieme di norme*, e precisamente:

(1) un insieme (di norme) che ha carattere sistematico: un *sistema* di norme, o *ordinamento normativo* (*sistema normativo*);

(2) un ordinamento (sistema) normativo *coattivo* (coercitivo);

(3) un sistema normativo che *regola la sua propria produzione* ('produce se stesso', o 'si autoproduce').

<u>In breve: il diritto è un ordinamento normativo coattivo che regola la sua propria produzione.</u>

In che senso, secondo Kelsen, il diritto è 'ordinamento', o 'sistema'? E in che senso esso 'regola la sua propria produzione'? Per rispondere a queste domande, leggiamo un passo kelseniano:

"*alla domanda, perché un dato atto coercitivo - ad esempio, il fatto che un individuo privi un altro individuo della sua libertà mettendolo in prigione - sia un atto giuridico, si risponde: perché ciò è stato prescritto da una norma individuale, da una sentenza giudiziaria. Alla domanda, perché questa norma sia valida come parte di un ordinamento giuridico determinato, si risponde: perché essa è stata creata in conformità a una legge penale. Questa legge, infine, trae la sua validità dalla costituzione, essendo stata emanata dall'organo competente nel modo prescritto dalla costituzione. Se domandiamo perché la costituzione è valida, risaliamo forse a un'altra costituzione più antica. Da ultimo arriviamo a una costituzione che è storicamente la prima che venne dettata da un singolo usurpatore o da una qualche assemblea. La validità di questa prima costituzione è il presupposto ultimo, il postulato finale, dal quale dipende la validità di tutte le norme appartenenti al nostro ordinamento giuridico. Si postula, cioè, che ci si debba comportare così come hanno ordinato l'individuo o gli individui che hanno dettato la prima costituzione. Questa è la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico preso in considerazione. Il documento che contiene la prima costituzione è una costituzione reale, una norma vincolante, solo a condizione che si*

presupponga che la norma fondamentale sia valida. Solo in base a questa presupposizione le pronunce (declarations) di coloro ai quali la costituzione conferisce il potere di creare norme sono norme vincolanti. E' questa presupposizione che ci consente di distinguere fra gli individui che sono autorità giuridiche e gli altri individui che non consideriamo tali, fra gli atti di esseri umani che creano norme giuridiche e gli atti che non hanno questo effetto. Tutte queste norme giuridiche appartengono a un unico e medesimo ordinamento giuridico perché la loro validità può essere ricondotta – direttamente o indirettamente – alla prima costituzione. Che la prima costituzione sia una norma giuridica vincolante è presupposto; e la formulazione di questo presupposto è la norma fondamentale di questo ordinamento giuridico"[8].

Questo passo contiene, in nuce, tutti gli elementi della teoria kelseniana dell'ordinamento giuridico. Cerchiamo di sviscerarli.

Che cosa ci consente di intendere, interpretare, 'leggere' un atto coercitivo (un atto, dunque, di esercizio di forza fisica su un essere umano, contro la sua volontà) come un atto giuridico - piuttosto che come un atto non giuridico, o addirittura antigiuridico (ad es., un sequestro di persona)? Non le sue proprietà empiriche, le caratteristiche osservabili dall'esterno (da questo punto di vista, l'atto potrebbe essere, per l'appunto, un sequestro di persona). Ciò che ci consente di interpretare e qualificare l'atto in questione come un atto giuridico (una pena detentiva) è, piuttosto, una norma (una sentenza giudiziaria, che prescrive la sua esecuzione). Ma la norma in questione deve essere, dice Kelsen, una norma 'valida'. Come intendere questa condizione?

VADILITA' DI UNA NORMA

Una norma valida è per Kelsen una norma giuridicamente vincolante. A quali condizioni una norma è una norma giuridica valida?

[8] Kelsen, *Teoria Generale del diritto e dello stato,* p. 115.

Una norma è una norma giuridica valida, risponde Kelsen, se e solo se appartiene all'ordinamento giuridico. (Validità in un certo ordinamento giuridico, dunque, equivale ad appartenenza all'ordinamento giuridico in questione.) Ma: a quali condizioni una norma appartiene a un ordinamento giuridico? (Quando, cioè, data una norma, si può affermare che essa appartenga a un certo ordinamento giuridico?) Una norma, risponde Kelsen, appartiene all'ordinamento giuridico se e solo se (con una rilevante eccezione, sulla quale ci soffermeremo fra breve) è stata prodotta in conformità a quanto prescritto da una norma ulteriore, anch'essa appartenente all'ordinamento giuridico; se e solo se, cioè, è stata prodotta dall'organo a ciò abilitato (autorizzato), e secondo la procedura prescritta (e, eventualmente, solo se dotata del contenuto prescritto) da una norma anch'essa appartenente all'ordinamento.

Un ordinamento giuridico dunque contiene anche norme relative alla produzione di altre norme: ad esempio la norma che stabilisce che la legge deve essere votata dal parlamento attribuisce al parlamento il potere di emanare norme valide e vincolanti.

Le norme di un ordinamento sono inferiori e superiori. Una norma ad esempio è valida solo se è prodotta in conformità ad un'altra norma, anch'essa valida, di grado superiore.

Gli ordinamenti giuridici hanno, dunque, una struttura a gradi (una costruzione a più livelli): gli elementi dei quali consta un sistema giuridico si dispongono su una pluralità di livelli, gerarchicamente ordinati.

Ma c'è un limite a questo rinvio costante ad una norma superiore? Questo processo finisce ad un certo punto?

SI. IL LIMITE CONSISTE NELLA NORMA FONDAMENTALE, LA COSIDDETTA GRUNDNORM.

La norma fondamentale però non è esattamente uguale alle altre norme. Mentre tutte le altre norme sono poste (sono il risultato di fatti naturali qualificati come giuridici da una norma di grado superiore) la norma fondamentale non è posta ma è presupposta.

La norma fondamentale è dunque un presupposto della nostra mente (un presupposto della conoscenza giuridica) e non ha alcun elemento naturale.

In sintesi: nella teoria del diritto di Kelsen, fondamento di validità di una norma (eccezion fatta per la norma fondamentale) è una norma anch'essa valida, di livello superiore. Una norma (salvo la norma fondamentale) è valida se e solo se è stata prodotta secondo quanto stabilito da una norma, essa stessa valida, di livello superiore.

In questo senso, gli ordinamenti giuridici sono, secondo Kelsen, sistemi normativi (insiemi strutturati di norme) 'dinamici' (*vs.* 'statici'): (1) il diritto è in costante trasformazione, o mutamento (le norme giuridiche sono suscettibili di produzione, alterazione, distruzione: non sono eterne, hanno un'origine, e una fine, nel tempo); e (2) disciplina (regola), mediante apposite norme, il proprio mutamento medesimo: regola la sua propria produzione.

Da quanto detto sinora, segue che ogni atto di produzione giuridica sia anche un atto di applicazione del diritto, e, viceversa ogni atto di applicazione del diritto (con l'esclusione degli atti di mera esecuzione di misure coercitive) sia un atto di produzione di nuovo diritto. Il diritto produce se stesso (si autoproduce) mediante l'applicazione delle norme che ne fanno parte; la produzione di una norma giuridica è applicazione di un'altra norma giuridica di livello superiore, e viceversa.

E' palese, a questo punto, quale sia la risposta kelseniana all'interrogativo circa il principio di unità di un sistema giuridico[9].

Secondo Kelsen, come abbiamo appena visto, il diritto è un insieme di norme. Da questo assunto, scrive Kelsen, sorge l'interrogativo: 'Che cosa fonda l'unità di una pluralità di norme, perché una certa norma appartiene a un certo ordinamento?'. A questa domanda, Kelsen risponde nel modo seguente.

(1) Una norma ha il suo fondamento di validità nella validità di un'altra norma.

(2) La ricerca del fondamento di validità di una norma non può, però, proseguire all'infinito: ha termine in una norma ultima, suprema, presupposta come valida (norma fondamentale). Se ci sono norme valide, c'è una norma ultima, o prima, la cui validità è presupposta.

(3) Tutte (e solo) le norme la cui validità può essere ricondotta - direttamente o mediatamente (per il tramite, cioè, di altre norme valide) - a un'unica e medesima norma fondamentale costituiscono un ordinamento (sistema) normativo (la norma fondamentale è il loro comune fondamento di validità). Che una norma appartenga a un certo ordinamento normativo dipende da ciò, che il suo fondamento ultimo di validità sia la norma fondamentale di tale ordinamento.

(4) Da queste premesse, infine, segue la risposta al quesito iniziale: "è questa norma fondamentale, che costituisce l'unità di una pluralità di norme, poiché è il fondamento di validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento"[10].

ORDINAMENTI STATICI E DINAMICI

[9] Cfr. per quanto segue Kelsen 1960, pp. 196-7.
[10] Kelsen 1960, p. 197.

Kelsen distingue fra ordinamenti statici e dinamici. Entrambi sono ordinamenti normativi, cioè un insieme di norme.

In entrambi la validità delle norme è derivata da norme di grado superiore. Però vi è una differenza fra i due tipi di ordinamento.

Negli ordinamenti statici è il contenuto delle norme di grado inferiore che è derivato dal contenuto delle norme di grado superiore. Ad esempio la regola: non uccidere, deriva da una regola di grado superiore in quanto più generale che è quella di non danneggiare l'altro, ovvero di rispettare l'altro.

Negli ordinamenti dinamici invece il rapporto fra norme di gradi diversi è di *delegazione di potere*: negli ordinamenti dinamici una norma è valida se è stata emanata da un organo che a sua volta aveva il potere di emanarla in virtù di una norma di grado superiore. Come si vede non vi è alcun vincolo sul contenuto della norma inferiore. L'unico criterio di validità è l'emanazione da parte di un organo che aveva potere in virtù di una norma di grado superiore.

LA NORMA FONDAMENTALE è un'invenzione della nostra immaginazione? No, risponde Kelsen.

Anche la norma fondamentale è in qualche modo, seppure remoto, connesso ai fatti. Il fatto consiste nell'accettazione abbastanza diffusa da parte di un gruppo di cittadini (un popolo) dell'autorità primaria del proprio ordinamento giuridico (ad esempio la costituzione). Questa accettazione diffusa si chiama principio di effettività. Questo non significa che un ordinamento normativo è composto da norme che sono sempre

spontaneamente seguite. Significa tuttavia che l'ordinamento nel suo complesso deve essere accettato.

DIRITTO E COERCIZIONE

Anche per Kelsen come per gli imperativisti prima di lui, l'aspetto che caratterizza il diritto è la coercizione. Il diritto non è pura organizzazione, ma è organizzazione dell'uso della forza. Il diritto infatti è una tecnica sociale per il mantenimento della pace e della sicurezza. Sicché l'aspetto coattivo è di fondamentale importanza.

Ma come funziona la coazione – e cioè la sanzione – in Kelsen?

Nella teoria tradizionale la sanzione è la conseguenza di un illecito. Se io disobbedisco al sovrano incorrerò in una sanzione. Kelsen ribalta questo modo di vedere.

Dice Kelsen: il concetto di illecito è tale solo in quanto esso è definito come una condotta al cui ricorrere deve essere applicata una sanzione. E' dunque la sanzione che definisce l'illecito. Sicché "l'illecito è la condizione cui la norma giuridica ricollega la sanzione".

La struttura della norma in Kelsen ha pressappoco la seguente struttura: essa non dice: "tu cittadino non commettere omicidio, perché qualora lo commetti sarai passibile di una pena detentiva". La struttura della norma è piuttosto: "qualora A commette un omicidio, tu giudice devi applicare una sanzione".

I principali destinatari delle norme in Kelsen non sono i cittadini comuni ma gli organi pubblici.

Per Kelsen: "il diritto è una norma primaria che stabilisce la sanzione". Questo però significa che non vi è nessuna norma che vieti l'omicidio. Vi è soltanto una norma che ordina ai funzionari di infliggere certe sanzioni, in date circostanze, a coloro che commettono omicidio.

Secondo questa tesi, ciò che si considera il contenuto della norma, volto a guidare la condotta dei privati cittadini, è semplicemente l'antecedente, o la causa condizionale di una norma che non è rivolta a loro, ma ai funzionari, e che ordina a questi di imporre certe sanzioni se date condizioni vengono adempiute.

Tutte le norme giuridiche secondo questa tesi sono obblighi condizionali di applicare le sanzioni rivolti ai funzionari. Esse hanno questa forma: "se viene fatto o omesso o succede qualcosa del genere X, allora applica la sanzione del tipo Y".

In altri termini: le norme primarie sono quelle che sono rivolte ai funzionari, mentre solo in via secondaria e subordinata la norma è diretta ai cittadini.

HART E LA TESI CONVENZIONALISTA

Herbert Hart (1907-1992)

Hart – titolare della cattedra di filosofia di Oxford - è considerato come uno dei più eminenti esponenti della filosofia del diritto del XX secolo.

TESI DI FONDO: IL DIRITTO è L'INSIEME DI DUE TIPI DI NORME, NORME CHE IMPONGONO OBBLIGHI E NORME CHE ATTRIBUISCONO POTERI, le prime vengono dette norme primarie e le seconde norme secondarie.

Hart elabora una teoria che attinge sia dal normativismo di Kelsen che dal realismo di Ross che dall'imperativismo di Austin. Essa tuttavia si discosta da tutte e tre le teorie appena menzionate per alcuni caratteri specifici.

Hart si inserisce nella corrente che noi abbiamo definito filosofia del diritto analitica, in quanto anch'egli persegue gli obbiettivi di analizzare alcuni concetti fondamentali del diritto e di distinguere il diritto da altri fenomeni.

Tuttavia Hart coglie nei suoi predecessori un atteggiamento un po' troppo riduzionistico. Ad esempio, Austin ha ridotto il diritto a comando, ma, dice Hart il diritto non è solo comando. Anzi Hart distingue nel diritto due tipi di norme:

Norme che impongono obblighi e norme che attribuiscono poteri. Le prime sono tipiche del diritto penale, del codice della strada, etc… le seconde sono tipiche del diritto privato o del diritto costituzionale o delle procedure.

Secondo Hart c'è una differenza fra una norma che vieta l'omicidio (riconnettendovi una sanzione) e la norma che attribuisce ai privati il potere di concludere un contratto con uno scambio di promesse. La sanzione e la nullità non sono concetti intercambiabili e rimangono distinti.

Questo significa che l'aspetto coercitivo non è un aspetto essenziale del diritto. Esistono infatti norme giuridiche che non sono accompagnate da sanzioni.

L'obiettivo di Hart è studiare il concetto del diritto anche muovendo dalle sue funzioni. Le funzioni del diritto inteso come mezzo di controllo sociale non devono essere viste nelle controversie private o nei procedimenti penali, che rappresentano rimedi essenziali, ma pur sempre sussidiari, per quando il sistema viene meno. Queste funzioni devono essere viste nei diversi modi in cui il diritto è usato per controllare, guidare e pianificare la vita fuori dei tribunali[11].

Questo significa che il diritto non va studiato solamente quando si verificano dei casi di patologia nell'ordinamento (quando ad esempio la gente trasgredisce agli obblighi di legge), fasi cioè di conflitto, ma anche quando le cose procedono come devono procedere, e cioè regolarmente.

Anzi, ci dice, Hart, non è vero che l'elemento che caratterizza il diritto è il conflitto. Il diritto assomiglia invece di più alle regole di un gioco.

Se si prende ad esempio il gioco del calcio, abbiamo la sensazione che alcune di queste regole sono rivolte innanzitutto ai giocatori, altre soprattutto alle autorità, altre ad entrambi. Hart contesta la tesi (che ad esempio potrebbe essere di Kelsen) secondo cui tutte le regole sono in realtà direttive rivolte ai funzionari di compiere certi atti in certe condizioni. Si pensi alle regole seguenti: la regola secondo cui quando il pallone entra in rete è un goal; la regola secondo cui toccare il pallone con le mani è un fallo; la regola secondo cui la partita dura novanta minuti; la regola secondo cui spetta all'arbitro decidere se in presenza di un fallo molto serio è opportuno deliberare l'espulsione; la regola secondo cui i giocatori devono essere undici per squadra.

[11] Hart, *Il concetto di diritto,* p. 49.

Il paragone con il gioco consente di cogliere un aspetto del diritto: **le regole operano in modi diversi e in modi diversi guidano le azioni di ciascun membro di quell'impresa sociale che è cooperativa, benché agonistica, quale ad esempio il gioco.**

Vi è una differenza sostanziale fra le norme che impongono obblighi e le norme che attribuiscono poteri. Primo, perché le norme che attribuiscono poteri in qualche modo rendono i destinatari padroni anziché soggetti di un comando, secondo perché i destinatari delle norme che attribuiscono poteri non seguono tali regole come se stessero obbedendo ad un comando.

Le norme primarie sono fonte di obblighi solo nella misura in cui vi sono norme secondarie che attribuiscono una portata autoritativa alle prime.

Tre sono le funzioni fondamentali delle norme secondarie:

(i) *Norme di riconoscimento.* Innanzitutto le norme secondarie attribuiscono una portata autoritativa alle norme primarie. Ad esempio si ritiene che le norme del codice penale sono obbligatorie perché si ritiene che il parlamento sia legittimato a porre in essere norme di questo genere. Le norme di riconoscimento – che sono sostanzialmente le norme sulle fonti di produzione – sono sostanzialmente fondate sull'abitudine.

(ii) *Norme di mutamento.* Le norme secondarie sono poi necessarie per consentire che le norme primarie vengano di volta in volta modificate o abrogate. Ad esempio se una legge viene abrogata io so che l'obbligo giuridico previsto dalla legge abrogata non esiste più. Lo so perché vi è una norma che regola le procedure di abrogazione di una legge.

(iii) *Norme di giudizio.* La terza funzione delle norme secondarie è quella di attribuire ai tribunali la funzione di applicazione del diritto qualora sorga un conflitto o qualora vi sia il sospetto di una violazione di legge.

In sintesi:II fondamento dell'ordinamento giuridico è l'accettazione di una *norma secondaria di riconoscimento* che fornisce *criteri dotati* di *autorità* per l'individuazione delle norme primarie che impongono obblighi. Le norme che soddisfano tali criteri *appartengono all'ordinamento* e sono dette *valide*. Per essere *efficaci* invece debbono essere *osservate e applicate.*

Alcuni (i realisti, per es. Alf Ross) sostengono che asserire che una norma è valida significa *predire* che i tribunali la applicheranno. Ma palesemente la validità non è una *predizione,* ma la *ragione* della decisione dei tribunali.

Tra le norme di riconoscimento di un ordinamento ce n'è una suprema e definitiva. Di essa quindi non si predica la validità. L'affermazione che essa viene usata dai funzionari e privati è una affermazione esterna, mentre quella per cui essa merita appoggio è un giudizio di valore.

La norma di riconoscimento è allo stesso tempo fatto e diritto. Essa può essere cioè considerata da due punti di vista: quello espresso dall'affermazione che esiste nella pratica effettiva dell'ordinamento, e quello espresso da tutte le affermazioni interne di validità fatte da chi la usa per riconoscere il diritto valido.

Quando esiste l'ordinamento giuridico? Quando le sue norme vengono generalmente obbedite dai cittadini e quando vengono osservate dai funzionari.

<u>Vi è una differenza fra sentirsi obbligati e avere un obbligo</u>

Hart muove dalla nozione di obbligo di Austin. Austin aveva detto che l'obbligo giuridico deriva dal comando del sovrano accompagnato dalla minaccia di sanzioni. Hart si chiede se vi sia una qualche differenza fra questo tipo di obbligo e l'obbligo di un bandito. Dice Hart, che è vero che la persona minacciata dal bandito in qualche modo era obbligata a dare la borsa, ma aveva un vero e proprio obbligo?

Vi è una differenza fra una concezione sostanzialmente psicologica dell'obbligo (come l'ordine coattivo che condiziona la nostra volontà) e una concezione che prescinde dai motivi dell'azione. Così le affermazioni secondo cui una persona aveva l'obbligo di

presentarsi al servizio militare o aveva l'obbligo di pagare le tasse rimangono vere anche se le persone in questione erano sicure di non essere mai scoperte.

Hart critica anche la concezione realista secondo cui l'obbligo discenderebbe non dalla paura o dalla spinta psicologica ma dalla previsione di incorrere in una sanzione.

"*L'obiezione fondamentale consiste nel dire che l'interpretazione basata sulla predizione rende oscuro il fatto che, dove le norme esistono, le deviazioni da queste non sono soltanto dei motivi per predire che ad esse seguirà una reazione ostile o che un tribunale applicherà delle sanzioni a chi viola tali norme, ma costituiscono anche una ragione o giustificazione di tale reazione e dell'applicazione delle sanzioni*"[12].

Un obbligo giuridico non coincide con una previsione. L'obbligo giuridico piuttosto presuppone due cose:

(i) primo, che è persistente la generale richiesta di conformità ad una norma (ciò che significa che il comportamento richiesto di norma è eseguito spontaneamente); (ii) secondo, che esiste una forte pressione sociale che si fa sentire su coloro che deviano da queste norme.

La norma non soltanto costituisce la ragione per cui i consociati si comportano in un certo modo (conformemente alle prescrizioni di legge). Ma essa è altresì la ragione per cui qualora qualche consociato trasgredisse allora viene applicata una sanzione. La norma è la ragione di questa reazione. L'obbligo non si desume dal fatto che se rubo probabilmente finirò in galera (teoria predittiva). L'obbligo consiste nel fatto che se qualcuno commette furto, io giudice (o carabiniere o polizia etc…) terrò un certo comportamento (comminerò la sanzione, interverrò arrestando il trasgressore etc…). **La norma è la ragione di questa reazione. La norma è dunque la giustificazione della sanzione.**

[12] Ivi, p. 101 e 101.

PUNTO DI VISTA INTERNO ED ESTERNO.

In altri termini, l'esistenza di una norma può essere accertata solo se si muove anche da un punto di **vista interno. Il punto di vista interno è quello assunto non solo da chi segue la norma spontaneamente (e cioè prescindendo dalla paura della sanzione), ma soprattutto da chi vede nella norma una giustificazione, una ragione, della sanzione.**

Ad esempio le forze dell'ordine che eseguono un ordine di cattura non stanno semplicemente ponendo in essere un comportamento perché sanno che in caso contrario incorrerebbero in una sanzione. Se si chiede loro: "perché state arrestando Tizio?" verosimilmente risponderanno: "perché è accusato di omicidio, o perché è stato colto in flagrante mentre stava compiendo una rapina". La norma che vieta l'omicidio o la rapina, per costoro è la ragione dei loro comportamenti coattivi.

Lo stesso può dirsi del giudice. Il giudice non applica la legge per paura della sanzione. La sua attività è quella di chi vede nelle norme delle **ragioni per le azioni. Le sentenze infatti constano di due parti: il dispositivo (che commina la sanzione – stabilendo la condanna e poi la pena) ma anche la motivazione. Le norme vengono enunciate nella motivazione a fondamento del dispositivo: a ragione della condanna.**

Aspetto esterno ed interno

Le norme possono essere studiate o da un osservatore esterno ovvero dal punto di vista dei partecipanti al sistema giuridico. Dal punto di vista dell'osservatore esterno noi possiamo scorgere solo dei comportamenti più o meno regolari. Noi per esempio possiamo con ragionevole certezza affermare che se qualcuno commette un omicidio verosimilmente finirà in galera.

Dal punto di vista interno però i partecipanti del sistema si muovono in un modo diverso. Essi non si limitano ad osservare che verosimilmente in caso di violazione di una norma saranno passibili di sanzione. I membri del sistema diranno che l'esistenza di una norma è la ragione di una azione – fra cui anche la condanna.

OBBLIGO GIURIDICO E COMBINAZIONE DI NORME

L'obbligo giuridico deriva dalla combinazione di due tipi norme: di fronte ad una norma che impone obblighi, l'obbligo lo si desume dal fatto che la norma è assunta come criterio – come ragione – di valutazione di certi comportamenti.

Validità delle norme

La validità di una norma secondo Hart è data dalla conformità della stessa a criteri dettati dalla norma di riconoscimento. Non si pone però un problema di validità della norma di riconoscimento, che è una specie di punto di partenza anche se ha una forte base fattuale.

In questo Hart si distanzia da Kelsen secondo cui la Grund Norm è una specie di operazione del pensiero del teorico del diritto più che un atteggiamento condiviso dalla popolazione.

In sintesi occorre che entrambi i presupposti siano soddisfatti perché vi sia un ordinamento giuridico: 1) i cittadini in via generale obbediscano spontaneamente alle nome primarie e 2) gli ufficiali pubblici (forze dell'ordine, giudici, amministratori, etc..) accettino le norme secondarie, e cioè la norma di riconoscimento, di mutamento e di giudizio come criterio ufficiale di condotta. Se non vi sono entrambi questi elementi – ma ad esempio – vi sono solo norme primarie genericamente osservate allora l'ordinamento ha una forma pre-giuridica (arcaica, magari caratterizzata dalla prossimità dei suoi membri).

Rule of law e diritto e morale

La generica sottoposizione di funzionari pubblici e cittadini alla legge è – in ultima istanza – una questione di fatto. Nel dibattito con Lon Fuller (*The Morality of Law*) il quale asseriva che il diritto per essere tale deve avere certe caratteristiche, Hart afferma che la moralità del diritto di cui parla Fuller non attiene alla giustizia delle norme ma solo alla generale effettività del sistema giuridico.

Diritto e morale possono in alcuni casi funzionare in modo abbastanza simile. Tuttavia questo può avvenire quando la condotta regolata ha un certo contenuto (ad esempio il dovere di dire la verità, e il dovere di non rendere falsa testimonianza). Tuttavia diritto e morale sono distinti in altre circostanze. Ad esempio la morale è fatta prevalentemente di norme primarie. Non vi sono affatto norme secondarie che regolano il mutamento delle norme primarie della morale. Il diritto viene modificato in modi del tutto differenti rispetto alla morale.

A dire di Hart, dunque, non vi è una necessaria connessione fra diritto e morale. L'esistenza di diritti e doveri giuridici può anzi ripugnare a qualsiasi giustificazione morale.

Obbligo morale e obbligo giuridico

Alcune norme giuridiche possono essere criticate perché *contrarie alla morale.* Che cosa è la morale? 'Morale' significa cose diverse. Qui consideriamo la *morale accettata, sociale o convenzionale,* cioè quell'insieme di norme che:

1) sono sostenute da una *seria pressione sociale,* e

2) per essere osservate *richiedono un sacrificio.*

Le più importanti hanno un contenuto che si ritrova *necessariamente anche* nelle norme giuridiche.

Ma una cosa sono le norme giuridiche, un'altra le norme morali.

Caratteristiche delle norme morali:

1. importanza: la loro violazione danneggia interessi fondamentali;

2. immunità da mutamenti deliberati: nella morale non esistono poteri, e quindi neanche quello di emanare norme;

3. carattere volontario dei crimini morali: se si fa il possibile per non violare la norma morale ma non ci si riesce, non ci si è comportati immoralmente;

4. forma di pressione morale: richiamo al rispetto delle norme, o anche sanzioni pesanti (linciaggio) ma non istituzionalizzate.

Cap. IX. Diritto e morale

1. Diritto naturale e positivismo giuridico

Modi diversi di intendere la connessione tra diritto e morale.

Secondo il *positivismo giuridico* le leggi non riproducono né soddisfano necessariamente certe esigenze morali, anche se spesso lo fanno. Il *giusnaturalismo,* all'opposto, sostiene che esistono principi universali di condotta che vengono scoperti dalla ragione, cui il diritto si deve conformare *(diritto naturale).*

Per il moderno pensiero laico, nel *giusnaturalismo* c'è confusione tra due sensi del termine "legge":

leggi *naturali descrittive,* e leggi *morali o giuridiche prescrittive.* Ma il richiamo al diritto naturale talora prescinde dal riferimento ad una divinità. Se non assumessimo che il fine degli

esseri umani è la sopravvivenza, non capiremmo i concetti di salute, danno, bisogno, cura, malattia. Del resto sappiamo bene che il diritto è fatto di regole per la continuazione dell'esistenza, non di regole per un club di suicidi.

E così, riconosciamo che ci sono delle caratteristiche molto ovvie degli individui umani che fanno sì che il diritto non possa non avere un certo contenuto. Chiameremo questo "il contenuto minimo del diritto naturale".

Il contenuto minimo del diritto naturale

Sebbene Hart neghi una connessione fra diritto e morale, ammette tuttavia l'esistenza di un contenuto minimo del diritto naturale. In altri termini anche il diritto deve muovere da certi assunti antropologici che sono comuni alla morale.

Posto che gli esseri umani sono come sono, e che il diritto ha come fine la sopravvivenza, il diritto deve avere un certo contenuto Questi fatti sono:

1. Vulnerabilità umana: se non ci fossero norme che vietano di uccidere o provocare lesioni, le altre non servirebbero a niente;

2. Uguaglianza approssimativa: nessuno è tanto forte da essere sicuro di essere sempre il più forte, per questo è necessario un sistema di regole e di compromessi;

3. Altruismo limitato: se gli esseri umani fossero demoni o angeli non servirebbe o non sarebbe necessario limitare l'uso della forza,

4. Risorse limitate: poiché gli esseri umani hanno bisogno di cibo, vestiti, riparo, serve la proprietà e la libertà di scambiare, trasferire la proprietà

5 Comprensione e forza di volontà limitate: poiché non tutti capiscono quali sono i propri e altrui interessi, sono necessarie sanzioni a garanzia del comportamento corretto.

In sintesi, benché Hart neghi l'idea di una connessione necessaria fra diritto e morale (e per questo si inserisce nella corrente di pensiero giuspositivista) tuttavia riconosce l'esistenza di un contenuto minimo del diritto naturale. Il diritto dunque per essere tale deve rispettare alcuni presupposti – minimi – comuni alla morale.

Tesi della separazione fra diritto e morale

Hart non nega che non vi siano delle relazioni fra diritto e morale, relazioni certe volte necessarie. E tuttavia afferma che nessuna di queste è veramente importante. L'obiettivo a questo punto si sposta: non è quello di negare ogni possibile analogia fra diritto e morale (si pensi alla somiglianza fra obblighi giuridici e obblighi morali) ma piuttosto di fare salve due proposizioni:

1) non esiste un obbligo morale di obbedire al diritto;
2) il diritto è compatibile con grandi iniquità.

In sintesi: le connessioni tracciate da Hart o sono irrilevanti (o comunque non determinanti) ovvero sono puramente contingenti, non necessarie.

In altri termini: una cosa è la validità giuridica, altra – radicalmente diversa – è la giustizia.

Hart dunque ammette che vi siano forti relazioni fra diritto e morale in almeno cinque settori:

a) sia la morale positiva che la morale critica influenzano il diritto e ne sono influenzati;

b) il concetto di diritto non può fare a meno di quello che Hart definisce il contenuto minimo del diritto naturale: in altri termini, il diritto funziona nel rispetto di alcune nozioni antropologiche fondamentali (Queste le cinque caratteristiche: vulnerabilità; eguaglianza approssimativa; altruismo limitato; risorse limitate, comprensione e forza di volontà limitate

c) un sistema giuridico non può fondarsi sul potere bruto e necessita di autorità – che per forza di cose è accompagnata da un sentimento di legittimità. Hart tuttavia segnale che il punto di vista interno non è necessariamente morale.

d) *Influenza della morale sul diritto*: è innegabile, dice Hart. Questo però non implica che esiste un obbligo morale di obbedire al diritto o che il diritto debba necessariamente contenere degli elementi di giustizia pena la cessazione della giuridicità.

e) *Interpretazione*: vero è dice Hart che spesso i giudici si trovano ad applicare principi morali nell'attività interpretativa. Ma anche questo è **contingente**. Principi morali sono stati violati come osservati.

f) *Critica al diritto*: talvolta la tesi della connessione necessaria fra d. e m. è finalizzata ad affermare che un ordinamento giuridico deve conformarsi a principi di giustizia. Ancora una volta, dice Hart, si deve notare la triste verità che molti sistemi giuridici si sono fatti beffe di questi principi.

g) *Principi di legalità e giustizia: (Lon Fuller)* dice Hart si tratta di amministrazione della giustizia (trattare casi uguali in modo eguale): compatibile con grandi iniquità.

h) *Validità giuridica e resistenza al diritto*: Hart insiste che la distinzione fra diritto e morale rende meglio il servizio ad una critica del diritto di quanto non faccia la tesi opposta.

Poscritto al Concetto di Diritto e Giuspositivismo Inclusivo

Nell'aggiunta all'ultima edizione del Concetto di Diritto, Hart precisa la sua posizione sulla separazione fra diritto e morale. Sebbene la connessione non sia necessaria, non è detto che non possa essere contingente. Ad esempio, gli stati costituzionali contemporanei presuppongono che la morale sia fra i criteri di validità del diritto (è come se la morale fosse fra le fonti del diritto individuate dalla norma di riconoscimento). Ma, dice Hart, si tratta di una connessione contingente, che può mancare in altri sistemi giuridici.

GIUSPOSITIVISMO E GIUSNATURALISMO

Di giuspositivismo e di giusnaturalismo esistono varie accezioni. Anzi oggi si tende a ridimensionare il contrasto esistente fra le due concezioni di diritto. Qui verranno brevemente discusse le accezioni più diffuse dei due termini.

Giuspositivismo[13]

a) Il Positivismo giuridico è quella dottrina che afferma che non esiste altro diritto che il diritto positivo.

b) In una prima accezione il Positivismo viene fatto coincidere con la cosiddetta Social Fact Thesis. **POSITIVISMO E SOCIAL FACT THESIS (TESI DEI FATTI SOCIALI)** Il giuspositivismo è quella dottrina che sostiene che l'esistenza e il contenuto del diritto dipendono da **fatti sociali** e non dai meriti o demeriti di tali fatti. John Austin formulò la questione in termini chiari: "l'esistenza del diritto è una cosa; i suoi meriti o demeriti un'altra". La tesi giuspositivista non dice necessariamente che i meriti o i valori del diritto sono inintelligibili, che non sono importanti o che sono irrilevanti per la filosofia del diritto. Essa dice soltanto che tali valori non dicono nulla né dell'esistenza del diritto né del suo contenuto. Che una società abbia o meno un sistema giuridico dipende da alcuni fattori che non hanno nulla a che vedere con il rispetto di certi ideali, con l'esistenza di un regime democratico o con lo stato di diritto. La tesi di fondo del positivismo giuridico è che il diritto è stato *posto, deciso, praticato, tollerato.* In altri termini che il diritto sia una costruzione sociale, da qui l'espressione **Social Fact Thesis.** . Le radici del giuspositivismo sono piuttosto antiche (sebbene sia nel pensiero moderno che si possono rintracciare degli esempi più chiari: nella teoria hobbesiana dell'autorità e nel convenzionalismo di Hume). Le prime formulazioni esplicite del principio secondo cui il diritto è solo una costruzione sociale la cui esistenza non ha

[13] Leslie Green, *Legal Positivism*, ad vocem, Stanford Enciclopedia of Philosophy.

nulla a che vedere con i suoi meriti sono di Jeremy Bentham e poi di John Austin. Si è visto che in entrambi il diritto è un fenomeno che di ampie società con un *sovrano*: e il sovrano è una persona o un gruppo di persone che ha un supremo e assoluto potere *de facto*.: egli è obbedito da tutti o quasi mentre non presta obbedienza a nessuno. Le leggi sono i comandi del sovrano accompagnati dalla minaccia di usare la forza in caso di disobbedienza (sanzioni). L'imperativismo è positivista in quanto il diritto può essere identificato ricostruendo una serie di fatti (comando, potere di fatto del sovrano, minaccia di sanzioni, etcc..) senza alcuna indagine sull'eventuale autorità morale del sovrano di imporre dei comandi o sulla moralità dei comandi medesimi. L'imperativismo è altresì una teoria ***monista*** in quanto asserisce che tutte le leggi hanno una stessa forma (quella del comando). E' **riduzionista** in quanto afferma che il linguaggio normativo della legge può essere analizzato in termini puramente fattuali[14]. Si è visto che l'imperativismo è stato soggetto a forti critiche. La tesi kelseniana è invece che il diritto è un insieme di norme che hanno un'unità che noi definiamo sistema.
L'unità del sistema è data dalla norma fondamentale. La norma fondamentale non è una norma posta ma una norma presupposta. Anche la teoria di Kelsen è positivista. Anche Kelsen definisce il diritto dalla sua struttura (che è data dalla combinazione di fatti sociali e di norme che attribuiscono significato a questi fatti sociali). Mentre i valori che il diritto persegue non sono utili per la definizione del concetto di diritto.

Anche la tesi di Kelsen è **monista** in quanto tutte le norme hanno la stessa struttura (hanno una forma condizionale che ha quale destinatario il giudice e solo in via indiretta il cittadino: se si verifica X, tu giudice applica Y). Tuttavia non è riduzionista: in quanto il dover essere (la norma) non viene desunta dall'essere (il comando, il sovrano, etc…). la struttura normativa del diritto è **presupposta. La norma fondamentale è quasi una norma trascendentale.**

[14] Ivi.

Hart appartiene pure alla corrente giuspositivista. Come Kelsen insiste sul fondamento normativo del sistema giuridico. Tuttavia a differenza di Kelsen la normatività del sistema non è presupposta (non è una semplice operazione mentale) ma piuttosto ha una natura empirica, fattuale. Per Hart, l'autorità del diritto è di tipo sociale. L'ultimo criterio di validità di un sistema giuridico non è né una norma giuridica né una norma presupposta ma una regola sociale che esiste in quanto è praticata. Il diritto dunque alla fine riposa sul costume, sulla convenzione: sulla convenzione su chi debba avere l'autorità di decidere i conflitti, su chi deve decidere quali comportamenti sanzionare, su come la legge deve essere cambiata. La tesi di Hart viene definita convenzionalista, benché la legge non sia in realtà il frutto di un accordo esplicito.

Anche per Hart il diritto consta di una catena di norme dall'alto verso il basso. Tuttavia Hart sottolinea l'importanza del punto di vista interno che consiste nel fatto che giudici e pubblici ufficiali utilizzano le norme come criterio di giudizio di comportamenti altrui. L'obbligo giuridico dipende dunque dalla combinazione di una pressione sociale ad esempio un biasimo condiviso per un certo comportamento e una rete di funzionari pubblici che assumono le norme come punto di partenza dei propri ragionamenti e delle proprie decisioni e condotte. Si noti che nella concezione Hartiana quello che conta è un generale riconoscimento della validità del sistema giuridico. Se poi la gente (i cittadini o i pubblici ufficiali) obbediscano per conformismo o per intima convinzione è assolutamente irrilevante ai fini della definizione del diritto.

I positivisti affermano che l'obbligo giuridico è un concetto distinto dall'obbligo morale. Da un punto di vista giuridico dire che una norma è obbligatoria equivale a dire che una norma è valida – e cioè che fa parte di un sistema giuridico e che dunque esiste. Da ciò non può essere affatto dedotto ciò che spesso viene attribuito ai giuspositivisti: e cioè che dall'esistenza dell'obbligo giuridico dipenda anche l'esistenza di un obbligo morale. Molti giuspositivisti sarebbero pronti a sottoscrivere l'affermazione che una legge

valida e dunque giuridicamente obbligatoria andrebbe violata se la sua applicazione portasse a conseguenze ripugnanti dal punto di vista morale (si pensi che *Bentham* ammetteva dei casi di resistenza civile).

c) **TESI DELLA SEPARAZIONE FRA DIRITTO E MORALE.** E' piuttosto diffusa l'idea che il giuspositivismo affermi la tesi della separazione fra diritto e morale. In realtà non tutti i giuspositivisti concordano su questa affermazione. Ad esempio Hart, sebbene affermi che la connessione fra diritto e morale è spesso solo contingente e non necessaria, tuttavia riconosce l'esistenza di alcune caratteristiche del diritto comuni alla morale che l'autore qualifica come *contenuto minimo del diritto naturale*[15].

Vi è però del vero nell'affermazione che i giuspositivisti ritengono che diritto e morale sono concetti analiticamente distinguibili. Essi infatti affermano che l'esistenza dell'obbligo giuridico non può essere desunta dall'esistenza dell'obbligo morale. In altri termini le condizioni di validità di una norma non dipendono dal contenuto morale della norma in questione. L'esistenza del diritto non dipende da ciò che dovrebbe essere in certe circostanze[16].

Norberto Bobbio ha espresso qualcosa di simile quando ha affermato che non si devono confondere i piani della validità e della giustizia: "Il problema della *validità* è il problema dell'*esistenza* della regola in quanto tale, indipendentemente dal giudizio di valore se essa sia giusta o no. Mentre il problema della giustizia viene risolto con un giudizio di valore, il problema della validità viene risolto con un giudizio di fatto".

[15] Ivi.
[16] Andrei Marmor, *The Nature of Law, ad vocem,* Stanford Encyclopedia of Philosophy.