

# La metafisica come strumento di comunicazione e comprensione della morale e del diritto

Laura Zavatta

## ABSTRACT

Il presente lavoro analizza alcuni importanti sviluppi del pensiero hartiano secondo cui la riaffermazione del giusnaturalismo dipende dalla ragione che, con il suo ricorso alla metafisica - intesa come nucleo di assiomi indiscutibili sulla natura umana - in esso si trovano ben delineate verità elementari necessarie a comprendere efficacemente la genesi e lo scopo della morale e del diritto. Tali verità elementari, che Hart definisce "truismi", già colte in modo perspicace da Hobbes e da Hume, fondano l'elemento centrale della teoria giusnaturalistica sullo scopo della sopravvivenza, riconoscendo in essa lo stadio essenziale del fine e del bene per l'uomo. In un raffronto con il pensiero di Hart sulla ricerca di un 'elemento centrale indiscutibile' che sostenga e incoraggi tutte le aspirazioni umane - e che il giurista e filosofo britannico individua, come si è detto,

nella sopravvivenza - Fuller ritiene, piuttosto, che l'elemento che governa le aspirazioni degli uomini si trovi in quella capacità esclusiva che li contraddistingue e grazie alla quale essi hanno saputo sopravvivere sino ad oggi: comunicare con i propri simili. Solo questo, per Fuller, in un accento critico nei confronti di Hart, può essere il principio che persegue il Diritto Naturale: conservare la capacità di comunicare.

## PAROLE CHIAVE

MORALE; DIRITTO; GIUSNATURALISMO; VULNERABILITÀ UMANA; RISORSE ESIGUE; SOPRAVVIVENZA; COMUNICAZIONE; GIUSTIZIA ARTIFICIALE; INTERPRETAZIONE; VALIDITÀ GIURIDICA.

## 1. LE ESIGENZE FONDAMENTALI DELLA MORALE

Alla domanda formulata in apertura di *Diritto, morale e libertà*, se l'evoluzione del diritto nella storia dell'umanità sia stata influenzata dalla morale, Hart dà una risposta affermativa; ciò non significa, tuttavia, per il giurista e filosofo britannico, che la domanda inversa, se cioè lo sviluppo della morale sia stato influenzato dal diritto, abbia la stessa soluzione<sup>1</sup>. La questione del rapporto tra diritto e morale, molto nota nella storia della filosofia del diritto, è stata affrontata con profusione di inchiostro e di discorsi, che hanno dato vita, nondimeno, a un dibattito infruttuoso. "Bandiere sono state sventolate e partiti sono stati formati in un dibattito acceso ma spesso

confuso"<sup>2</sup>. Tra le acclamazioni, troppo poco s'è detto "circa i criteri per giudicare l'adeguatezza di una definizione del diritto"<sup>3</sup>.

In realtà, solo cogliendo le ragioni dell'interdipendenza tra la dimensione giuridica e quella morale delle comunità umane si possono fugare, secondo Hart, le ombre che hanno oscurato così a lungo la capacità di capire il diritto, la sua 'natura', la sua 'essenza', la sua 'definizione'. Per la sua complessità, e per il suo legame con la morale, infatti, la struttura del diritto non si risolve in termini di ordine, minaccia, obbedienza, abitudini e generalità, ma si caratterizza sulla distinzione di norme primarie che impongono obblighi e norme secondarie che conferiscono poteri, ed è contraddistinta dal fatto che il loro 'aspetto in-

1 H.L.A. Hart, *Diritto, morale e libertà*, introd. di G. Giacobazzi, Catania, 1968, p. 23.

2 *Ibidem*, p. 24.

3 *Ibidem*.

terno' permette di usarle "come criteri per la guida e la critica della condotta"<sup>4</sup>. Da questo punto di vista, non solo le società sprovviste di potere legislativo e di giurisdizione coercitiva, come il diritto delle comunità primitive o il diritto internazionale, sono da considerare casi dubbi di giurisprudenza, ma anche quegli ordinamenti statali che, sebbene dotati di *juge, gendarme et législateur*, non si conformano a certe fondamentali esigenze della morale e della giustizia. Esemplicative a questo proposito sono le parole di sant'Agostino, il quale si chiede: "Che cosa sono gli Stati senza giustizia se non bande di ladroni in grande?"<sup>5</sup>.

Del resto proprio uno degli allievi più arguti di Herbert Hart<sup>6</sup>, Neil MacCormick, in risposta all'interpretazione della tesi della separabilità di diritto e morale, ritiene di dover chiarire: "nessuno in possesso delle sue capacità mentali - e vi sono almeno alcuni positivisti che sono in possesso delle loro capacità mentali - ha mai sostenuto, o sosterebbe mai, che il diritto in se stesso è scevro da valori. Se gli esseri umani non

4 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, introd. e trad. di M.A. Cattaneo, Torino, 1965, p. 182-183.

5 *Ibidem*, p. 183; cfr. S. Agostino, *Confessioni*, IV.

6 A. Schiavello, *Diritto, morale, positivismo giuridico: la storia infinita*, in "D&Q", 2005, 5, pp. 153-156. Commento a: M.H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford, 2004, p. 301. Matthew H. Kramer insegna filosofia del diritto e filosofia politica presso l'Università di Cambridge. Nella sua ampia produzione scientifica, scrive Schiavello, Kramer si confronta con la teoria del diritto post-moderna e decostruzionista, di cui analizza gli elementi conciliabili con la *analytical jurisprudence* di origine hartiana, con la *feminist jurisprudence*, con le teorie hobbesiane e lockiane, con il dibattito sui diritti umani e con la disputa, in forte incremento nel mondo anglosassone contemporaneo, sul positivismo giuridico. Matthew H. Kramer ha prodotto, oltre *Where Law and Morality Meet*, *Legal Theory, Political Theory, and Deconstruction: Against Rhadamanthus* (Bloomington, 1991); *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism: A Philosophical Reconception* (Maryland, 1995); *Hobbes and the Paradoxes of Political Origins* (Basingstoke, 1997); *John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community, and Equality* (Cambridge, 1997); con N. Simmonds e H. Steiner, *A Debate, Over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford, 1998); *In the Realm of Legal and Moral Philosophy: Critical Encounters* (Basingstoke, 1999); *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings* (Oxford, 1999); *The Quality of Freedom* (Oxford, 2003).

accordassero importanza all'ordine nella vita sociale, non avrebbero affatto leggi"<sup>7</sup>.

Per dimostrare opportunamente la necessità che gli ordinamenti statali si conformino a certe fondamentali esigenze della morale e della giustizia, la quale, per le sue caratteristiche e per il suo concetto specifico, si ricollega intrinsecamente al diritto, occorre in ogni caso risalire alle teorie sviluppatesi nella storia del pensiero giusfilosofico<sup>8</sup>. Confrontando diritto e morale, giurisprudenza e filosofia, sostiene Alf Ross, "si scoprirà, da un lato, come posizioni e idee morali siano incorporate nel diritto e nei concetti giuridici, e, dall'altro, come della morale facciamo parte elementi strutturali giuridici: anche la morale conosce accusa, processo, giudizio e pena. [...] la morale, come il diritto, è una tecnica per dirigere il comportamento umano"<sup>9</sup>.

La tesi della imprescindibile connessione tra diritto e morale, scrive Hart, si sviluppa soprattutto nel giusnaturalismo - che si ricollega alla tradizione aristotelica e a quella tomistica del diritto - per il quale i principi di morale e di giustizia sono ritenuti di origine divina o naturale, tali da essere chiaramente evidenti alla ragione umana; le leggi che contrastano con questi principi, in base al brocardo: '*Lex iniusta non est lex*', non costituiscono diritto valido. Il nesso vincolante tra diritto e morale, e la conseguente negazione della loro separabilità, può, tuttavia, prospettarsi in modo esasperato se lo si identifica con l'affermazione inequivocabile che "la legge ingiusta non è legge"<sup>10</sup>. A questo proposi-

7 N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. e introduzione di A. Schiavello, ed. it. a cura di V. Villa, Torino, 2001, pp. 265-266.

8 La morale, come il diritto, scrive Alf Ross, "conosce accusa, processo, giudizio e sanzione", e l'una, come l'altro, "è un sistema di reazioni con la funzione di determinare l'azione". Questa è ciò che Ross definisce una "concezione morale pragmatica". Nessuno può dubitare che il diritto "abbia lo scopo di conformare la vita collettiva delle persone a certi modelli sorti da fini e valori fondamentali". A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, a cura di B. Bendixen e P.L. Lucchini, presentazione di V. Frosini, Milano, 1972, pp. 5-6.

9 A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 9-10.

10 Su questo punto cfr. G. Capozzi, *Leggi 'scritte' e 'non scritte' del fare. Diritto Scienza Religione Morale*, Napoli, 2007, pp. 421-433, dove, nell'epilogo *La morale nella consapevolezza della sua legge come essenza di fondamento*, è scritto: "la Moralità implicita del Diritto, se è da

to, John Finnis, “apprezzato tomista della scuola neoclassica, nonché allievo, così come MacCormick, di Hart ad Oxford”<sup>11</sup>, sostiene che l’affermazione ‘*lex injusta non est lex*’ non significa che l’esistenza di una norma giuridica sia condizionata al suo essere giusta ma significa che: “una legge ingiusta non è ‘legge’ nel senso principale del termine (cioè, *simpliciter*), nonostante lo sia in un senso secondario (cioè, *secundum quid*)”<sup>12</sup>.

Altre teorie trovano il loro riscontro nel positivismo e si fondano su una diversa concezione riguardante i principi della morale e della giustizia e della loro connessione con il diritto. Secondo tale concezione, la morale non è un insieme di principi di condotta immutabili e riconoscibili in modo evidente dalla ragione, ma si incarna

indicare preliminarmente in astratto con l’uso delle accezioni delle sue specificazioni, è da considerare testualmente in concreto con riferimento agli individui che emanano le Leggi per il loro vigore, dommatizzano gli Istituti per il loro *perficere*, interpretano le norme per la loro applicazione. Il Legislatore, il Dommatico, l’Interprete, che amministrano in concreto ciò che è dato in astratto come sistema giuridico, sono i titolari della responsabilità di emanare, migliorare, interpretare le Leggi rispettivamente per il loro vigore e per la loro applicazione e per la loro abrogazione, con lo scopo di garanzia del *commune Bonum*, anche se spesso dal ‘punto di vista’ di un’Ideologia, ossia politicamente parziale se non addirittura per una concezione ristretta al mondo proprio di coscienze dalla medesima appartenenza e di interessi del medesimo gruppo sociale (cfr. sull’originario significato marxiano di ideologia come ‘falsa coscienza’, K. Mannheim, *Ideologia e utopia*, Bologna, 1999, pp. 1-320). Il Sistema del Diritto risultante dall’accennata costituzione diventa la tutela generale o meglio di tutti e di ognuno, quale che sia la matrice dell’Ideologia egemone, con la sua Legge che è *norma justae atque injustae*. E il problema del Diritto ingiusto? Il Diritto ingiusto non consiste né sussiste se non in una consapevolezza sopravveniente come risultato della Critica delle Leggi in piccoli o grandi eventi quali Riforme e Rivoluzioni, o mediante la semplice gestione dell’Istituto che presiede al ricambio delle norme, cioè l’Abrogazione”. Cfr. sull’argomento il mio saggio *La questione della centralità dei valori nella scienza giuridica*, in P. Perlingieri, *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010, p. 19.

11 A. Schiavello, *Diritto, morale, positivismo giuridico*, cit., pp. 153-156.

12 J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, ed. it. a cura di F. Viola, trad. di F. Di Blasi, Torino, 1996, pp. 397-401. Cfr. anche A. Schiavello, *L’eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato*, in “D&Q”, 2008, 8, pp. 17-32.

in comportamenti umani che mutano secondo i diversi costumi delle società, avvalorando l’idea che un conflitto tra diritto e morale non può privare una norma del suo carattere giuridico<sup>13</sup>. La relazione tra morale e diritto nell’ambito di un ordinamento giuridico esiste solo nel momento in cui si consolida il riconoscimento largamente diffuso, benché non universale, di obbligo ‘morale’ di obbedienza alla legge<sup>14</sup>.

## 2. IL GIUSNATURALISMO E LE CRITICHE DEL GIUSPOSITIVISMO

Per i giusnaturalisti, dunque, solo la ragione può scoprire i principi della condotta umana, ai quali la legge giuridica deve conformarsi se vuo-

13 A quest’idea s’accompagna la “avalutatività del diritto positivo”: la legge non è né buona né cattiva. La *dottrina pura* di Kelsen, scrive Bobbio, “vuole rappresentare il diritto come è, senza legittimarlo come ingiusto o squalificarlo come ingiusto”. Egli ha una visione del diritto positivo radicalmente realistica e si rifiuta di darne una valutazione morale. N. Bobbio, *Diritto e potere, saggi su Kelsen*, Napoli, 1992, p. 215. Per un approfondimento degli argomenti trattati cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1996, pp. X-250; U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, a cura di A. Catania e M. Jori, Napoli, 1997, pp. 10-219; V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, capp. II-V ss.; E. Pattaro, *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1971, 1, pp. 61-126; A. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un’introduzione critica*, Torino, 2004; A. Schiavello - V. Velluzzi *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005; A. Schiavello, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, in “Analisi e Diritto”, 2001 - *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2002, pp. 295-319; A. Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990, p. 21 ss.; G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in “Analisi e Diritto”, 1998, cit., Torino, 1992, pp. 203-227; M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987.

14 H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 184. A tal proposito Alf Ross ritiene che il problema della responsabilità morale possa essere risolto solo in rapporto ad un certo ordinamento normativo. “Non esiste alcun ordinamento giuridico ‘in quanto tale’ che non sia un fenomeno storico-individuale”, scrive Ross. “Lo stesso vale anche per quanto riguarda la responsabilità morale e i suoi presupposti. Si può fornire una soluzione solo in base ad una concezione morale determinata. Tanto poco esiste un diritto *an sich*, quanto una morale *an sich*”, A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 56.



le essere valida. Nella vasta produzione letteraria, che risale a Fiatone e giunge fino ai tempi attuali, i giusnaturalisti hanno contrastato i giuspositivisti affermando: “Voi siete ciechi, se non siete capaci di vedere questo”, ricevendo come risposta: “Voi state sognando”<sup>15</sup>. Ciò è accaduto, secondo Hart, perché la tesi metafisica del giusnaturalismo, in base alla quale i principi della giusta condotta preesistono all’uomo e sono riconoscibili dalla ragione, è stata presentata nell’ambito di una teoria della natura per molti aspetti antitetica a quella moderna e laica, il che ha indotto a credere che il diritto naturale sia inficiato da un vecchiume speculativo di cui il pensiero intende assolutamente liberarsi. Tale dottrina, difatti, fa parte di una teoria antica della natura, quella teleologica, per la quale il mondo e ogni suo ente sono tesi a conservarsi nella propria essenza e proiettati verso una condizione di perfezione che è lo specifico bene, o fine ad essi confacente. I diversi stadi di perfezione che vengono conseguiti dalle cose, e ciò che generalmente accade, è considerato come ciò che doveva accadere in quanto costituisce un passo verso lo scopo proprio di ciascun ente. Secondo la concezione teleologica del mondo, l’uomo, come tutti gli altri esseri, tende verso una specifica condizione o un fine già fissato per lui, e il fatto che egli, a differenza degli altri enti, essendo capace di ragionare, possa perseguirlo consapevolmente, viene ritenuta solo una condizione di superiore sviluppo biologico e fisico che si riflette nel suo pensiero e nella sua condotta. Dopo aver sottoposto a dura critica la teoria teleologica della natura, i giuspositivisti sostengono che la tesi secondo cui le leggi della buona condotta possono essere scoperte dalla ragione in quanto insite nell’ordine naturale delle cose, deriva dall’ambiguità che il giusnaturalismo ha creato sulla parola “legge”, svelata la quale, esso non potrà che soccombere. Per colpa

15 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 217. In particolare di Hans Kelsen occorre ricordare il concetto secondo cui la validità del diritto è insita nella sua norma e che il compito della scienza del diritto non è quello di darne una valutazione etica ma di fornirne solo una rigorosa descrizione. In questo modo vengono respinte sia la dottrina dello “Stato etico”, sia le teorie giusnaturalistiche, dando validità ad un sistema che, sulla base di poche e generali regole fondamentali, indichi come devono essere prodotte le norme all’interno del sistema stesso.

di tale ambiguità, anche Montesquieu, secondo John Stuart Mill, nel primo capitolo dell’*Esprit des Lois*, cade ingenuamente nell’errore di chiedersi per quale motivo, mentre gli oggetti inanimati, le stelle e gli animali, obbediscono alla ‘legge della loro natura’, l’uomo non faccia altrettanto e sia portato alla trasgressione<sup>16</sup>. Tale disguido è venuto a crearsi poiché si sono confuse le leggi che reggono l’ordine della natura e quelle che istituiscono i comportamenti umani. Le prime sono scoperte dagli scienziati mediante l’osservazione e il ragionamento, e sono “descrittive” in quanto si limitano a registrare le modalità di accadimento dei fenomeni naturali; le seconde vengono emanate dai legislatori e non sono descrizioni o asserzioni di fatti, ma “prescrizioni”, ovvero vincoli che mirano a regolare il comportamento degli uomini in società<sup>17</sup>. A tal proposito, in *Problemi capitali della dottrina del diritto pubblico*<sup>18</sup>, Kelsen prende le mosse dalla distin-

16 C.L. Montesquieu, *De L’Esprit des lois*, libro I, Paris, 1831, p. 33. “L’homme, comme être physique, est, ainsi que les autres corps, gouverné par des lois invariables; comme être intelligent, il viole sans cesse les lois que Dieu a établies, et change celles qu’il établit lui-même”. La risposta da dare a Montesquieu, secondo Hart, è questa: le leggi prescrittive possono venire violate rimanendo leggi, poiché gli esseri umani non sempre fanno ciò che si dice loro di fare: ma per quanto riguarda le leggi di natura, scoperte e descritte dalla scienza, nel momento in cui non si dovesse verificare ciò che esse prevedono, non si potrebbe affermare che sono state violate ma che hanno perso il loro carattere di “leggi” e dovrebbero essere formulate di nuovo. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 218.

17 Alle differenze del significato di “legge”, scrive Hart, corrispondono differenze sistematiche della terminologia basata su parole come “bisogna”, “obbligato a”, “si deve”. La fede assoluta nel diritto naturale non permette di cogliere la difformità dei significati che questi termini di sapore giuridico hanno in contesti diversi come, ad esempio: “Devi presentarti per il servizio militare” e “Deve gelare se il vento volge a nord”. Del resto, la pretesa di una teoria scientifica di far progredire la conoscenza della natura dipende solo dalla sua capacità di predire ciò che avverrà, «capacità che è basata su generalizzazioni tratte da ciò che avviene regolarmente. La legge di gravità e la seconda legge della termodinamica sono, per il pensiero moderno, leggi di natura e non mere costruzioni matematiche a causa delle informazioni che esse danno sulle regolarità dei fenomeni osservabili». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 218-220.

18 H. Kelsen, *Problemi capitali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1997, p. 20 ss. Per un approfondimento delle tematiche trattate cfr.

zione kantiana tra “Essere” e “dover Essere” per stabilire efficacemente la differenza tra natura e diritto, e quindi tra leggi naturali e leggi giuridiche. Il diritto è “dover essere (Sollen)” mentre la natura è “essere (Sein)”; la normatività appartiene al “dover essere” il cui criterio si risolve in un giudizio logico fondato non sul principio di causalità, ma su ciò che il giurista di Praga chiama “imputazione”<sup>19</sup>, termine con il quale designa la relazione logica tra un evento (l’illecito) e un altro (la sanzione). Ogni norma giuridica raffigura una proposizione ipotetica, la quale, secondo un giudizio anch’esso ipotetico, dispone che se un soggetto adotta un comportamento difforme dal comando o dal divieto posto, va incontro ad una sanzione<sup>20</sup>. La norma giuridica, dunque, enuncia che, dato un evento A (l’illecito), deve seguirgli un evento B (la sanzione), nello stesso modo in cui la legge naturale enuncia che, dato un evento A (la causa), si verifica un evento B (l’effetto)<sup>21</sup>. Ma mentre la legge giuridica predica che se c’è A c’è B secondo un nesso di *imputabilità*, la legge naturale predica che se c’è A deve necessariamente esserci B secondo un nesso di *causalità*. Il “dover essere” della norma, dunque, non consiste nel prescrivere la necessità di un comportamento,

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 1952; Id., *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1959; Id., *Reine Rechtslehre* (1960a), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, II ediz., saggio introduttivo e traduzione di M.G. Losano, Torino, 1966; Id., *Recht und Logik* (1965), trad. it. *Diritto e logica*, in *L’analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, vol. II, Torino, 1989; Id., *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), a cura di M. G. Losano, trad. it. di M. Torre, *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985; M.G. Losano, *Il problema dell’interpretazione in Hans Kelsen*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, n. 45, 1968, pp. 524-545.

19 G. Fassò, *La filosofia del diritto dell’Ottocento e del Novecento*, vol. III, ed. aggiornata a cura di C. Faralli e G. Zanetti, Bologna, 1994, p. 236.

20 Sostiene Kelsen: «Se si assume che la prima norma che proibisce il furto sia valida solo se la seconda norma colleghi al furto una sanzione, la prima norma è certamente superflua in una esposizione esatta del diritto. Seppure esiste, la prima norma è contenuta nella seconda, che è l’unica norma giuridica genuina». G. Fassò, *La filosofia del diritto dell’Ottocento e del Novecento*, cit., p. 237.  
21 *Ibidem*.

ma nella previsione della coattività, risolvendosi nel fatto che, qualora il comportamento di un consociato sia difforme dalla sua prescrizione, a tale atto illecito segua sempre una sanzione. Ciò può avvenire solo mediante l’esistenza di norme specifiche che imputino la sanzione sulla base della violazione della prima norma<sup>22</sup> divenendo, in tal modo, il fondamento logico che permette al giudice di punire il trasgressore<sup>23</sup>.

## 2.1. L’ASSOCIAZIONE DEGLI INDIVIDUI COME UNICA CONDIZIONE DI ESISTENZA

Alcuni pensatori come Bentham e Mill, critici nei confronti del diritto naturale, sostengono che la confusione fatta dai giusnaturalisti tra questi due significati di legge dipende dal-

22 In riferimento alle norme che dispongono sanzioni, Kelsen afferma: «Devono esistere pertanto due norme distinte: una la quale disponga che un organo deve eseguire una sanzione contro un soggetto, ed un’altra la quale disponga che un altro organo deve eseguire una sanzione contro il primo organo nel caso che la prima sanzione non sia eseguita. L’organo della seconda norma può a sua volta essere obbligato da una terza norma ad eseguire la sanzione disposta dalla seconda, e così via». R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, p. 105.

23 La *Dottrina pura del diritto* sostiene che in una proposizione giuridica, ad una determinata condizione, che si identifica nell’illecito, si collega, come diretta conseguenza, l’atto coattivo dello Stato, ossia la pena o sanzione e l’esecuzione forzata, civile ed amministrativa. Ciò significa che non esistono fatti illeciti in sé, ma fatti dichiarati tali dal legislatore attraverso la sanzione; così, solo l’illecito provoca la reazione del diritto, e la norma giuridica primaria è sempre coattiva, cioè sanzionatoria. Kelsen, in questo modo, effettua un ribaltamento di posizioni considerando primarie le norme sanzionatorie che nella scienza giuridica tradizionale vengono considerate secondarie, per distinguere in modo chiaro la norma giuridica da quella morale, sociale, religiosa. Solo l’illecito fa scattare il meccanismo sanzionatorio; non esistono fatti o atti in sé illeciti, ma fatti ed atti che il legislatore dichiara tali attraverso la sanzione. In questo caso, dunque, le norme vengono considerate sullo stesso piano, in relazione al loro contenuto, e la loro validità viene ricondotta ad una norma generale, la *Grundnorm*, da cui, a sua volta, discende la validità formale di tutte le norme. Per un interessante approfondimento dell’argomento trattato cfr. M.G. LOSANO, *Il problema dell’interpretazione in Hans Kelsen*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, n. 45, 1968, pp. 524-545; A. Abignente, *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza*, Napoli, 1991.

la convinzione che la regolarità della natura sia decretata da un regnante divino dell'Universo. Basandosi su tale concezione teocratica, la differenza tra la 'legge di gravità' e i 'Dieci Comandamenti', ad esempio, – in qualità di leggi emanate da Dio - come sostiene Blackstone, sarebbe causata solo dagli uomini, i quali, esseri pensanti e liberi, diversamente dagli oggetti inanimati, possono fare a meno di osservare le prescrizioni divine pur essendone a conoscenza<sup>24</sup>. Tuttavia, per Hart, occorre prendere in considerazione che il giusnaturalismo non sempre è caduto in tali ingenuità e la riaffermazione della sua dottrina dipende dalla ragione che, al di là della sua dubbia terminologia, in esso si trovano ben delineate verità elementari importanti per la comprensione della morale e del diritto. Tali verità elementari, che Hart definisce "truismi", sono colte in modo perspicace da Hobbes e Hume, i quali imperniano l'elemento centrale della loro teoria giusnaturalistica sul modesto scopo della sopravvivenza, riconoscendo in essa (*perseverare in esse suo*) lo stadio più basso del fine e del bene per l'uomo. Che gli uomini vogliano vivere è indubitabile, poiché l'enorme maggioranza di essi desidera farlo anche a costo 'di un'orrenda miseria'<sup>25</sup>. Tale indiscutibile verità, osserva Hart, che può definirsi metafisica, si riflette nelle strutture del pensiero e nei termini del linguaggio che danno significato al mondo umano. Sul generale desiderio di vivere, infatti, si fondano concetti essenziali stimati in relazione alla sopravvivenza concepita come fine: pericolo e salvezza, danno e beneficio, bisogno e funzione, malattia e cura. Ma, come osserva Hume, «la natura umana non può sussistere affatto senza l'associazione degli individui: e quella associazione non si attuerà mai se non si ha rispetto per le norme dell'equità e della giustizia»<sup>26</sup>, le sole in grado di realizzare quelle condizioni di esistenza che rispondono efficacemente al tenace desiderio di sopravvivenza che caratterizza gli uomini.

24 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 218.

25 *Ibidem*, pp. 223-224.

26 D. Hume, *Treatise of Human Nature. Being An Attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, vol. III, parte 2, *Of Justice and Injustice*, Londra, 1739/40, tratto da Digireads.com Publishing, p. 261 ss.

### 3. GLI ASSUNTI FONDAMENTALI DELLA NATURA UMANA

Ammessa la sopravvivenza come fine, il diritto e la morale devono avere un contenuto specifico, un *contenuto minimo*, senza il quale non potrebbero salvaguardare il 'sommo bene' che gli uomini si prefiggono come scopo essenziale allorché si associano tra loro. In tutti i codici morali si ritrovano alcuni semplici principi che, riferendosi agli assunti fondamentali del mondo fisico e della natura umana, costituiscono un nucleo di verità indiscutibili che si traducono, innanzitutto, nelle forme di proibizione della violenza su persone e cose, e nelle esigenze di veridicità, lealtà e rispetto per le promesse; «e sarebbe perciò un fatto straordinario se alle norme che sanciscono quei principi non venisse dappertutto attribuita l'importanza morale. Sembra chiaro che il sacrificio dell'interesse personale che tali norme *richiedono* è il prezzo che deve essere pagato in un mondo come il nostro per vivere insieme agli altri, e la protezione che esse *garantiscono* è il minimo che rende la vita con gli altri degna di essere vissuta»<sup>27</sup>. Se mancasse questo contenuto minimo, nessun uomo avrebbe valide ragioni per obbedire alle norme, «e senza un minimo di cooperazione dato volontariamente da parte di coloro che ritengono nel loro interesse sottomettersi e conservare le norme, sarebbe impossibile la coercizione nei confronti di coloro che non si conformassero volontariamente»<sup>28</sup>. La stretta connessione tra norme morali e norme giuridiche si basa dunque sull'esistenza di "ovvie verità", che sono la 'vulnerabilità' degli uomini, la loro 'uguaglianza approssimativa', l' 'altruismo' discontinuo, le 'risorse' esigue, la 'comprensione' e la 'forza di volontà' limitate.

27 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 212. La vita dell'uomo è caratterizzata da un'invincibile fragilità e dipende dagli altri esseri umani coi quali deve instaurare una reciprocità di rapporti leali per difendersi da pericoli e indigenze. Scrive Hart: la verità è che «poiché tutte le morali sociali, quale che sia il loro contenuto, perseguono in qualche misura valori universali come la libertà individuale, la sicurezza della vita, la protezione dal danno cagionato deliberatamente, ci saranno sempre molte cose nella morale sociale meritevoli d'essere conservate anche a sacrificio di quegli stessi valori che l'imposizione giuridica esige». Id., *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 86 ss.

28 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 225.



### 3.1. LA VULNERABILITÀ E LE RISORSE ESIGUE

Consacrati a proteggere la vita degli uomini, morale e diritto, più che richiedere comportamenti attivi impongono innanzitutto freni, formulati in forma negativa come proibizioni. Se gli uomini non fossero indifesi e mortali, se perdessero la loro *vulnerabilità*, si annullerebbe l'ovvia ragione che determina il precetto più tipico del diritto e della morale: *non uccidere*. Le proibizioni che rendono possibile la vita sociale, dunque, sono quelle che limitano l'uso della violenza riducendo il pericolo di danni corporali e di uccisioni. La dimensione relazionale degli esseri umani, infatti, come sostiene Lon Fuller, quale componente imprescindibile della sopravvivenza, impone che la morale sociale di base richieda innanzitutto tolleranza e sia «di natura negativa: non uccidere, non recar danno, non ingannare, non diffamare, e simili»<sup>29</sup>.

Il concetto di *vulnerabilità* è strettamente connesso con quello delle *risorse esigue*. Una delle cause più frequenti di attrito tra gli uomini è in generale la concorrenza per il possesso di un bene scarso. I mezzi di cui essi hanno bisogno per sopravvivere, infatti - un tetto, del cibo e indumenti adeguati - sono conquistati con fatica e richiedono l'utilizzo di molte abilità e strumentazioni. Del resto, il corso della natura, come osserva Hume, per quanto lo si supponga regolare, non appare così; «molti avvenimenti sono incerti, e molti ingannano la nostra attesa. Sanità e malattia, calma e tempesta, un numero infinito d'altri accidenti, le cui cause sono sconosciute e variabili, hanno grande influsso unitamente sulla fortuna degli individui e sulla prosperità delle pubbliche società; e, in verità, tutta la vita umana, in qualche modo, dipende da tali accidenti»<sup>30</sup>. Ciò ren-

29 L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, a cura di A. Dal Brollo, Milano, 1986, p. 60.

30 Così prosegue Hume: «Vedete, intorno a voi, questo universo. Quale immensa profusione di esseri animali ed organizzati, senzienti ed agenti! Voi ammirate questa varietà e fecondità prodigiose. Ma esaminate un po' più da vicino queste esistenze viventi, le sole che valga la pena di considerare. Quanto sono ostili e distruttrici le une per le altre! Quanto insufficienti tutte quante per la loro felicità! Quanto disprezzabili e odiose per uno spettatore! Il tutto non risveglia altra idea che quella

de indispensabile l'istituzione della proprietà, anche se non necessariamente individuale, e un tipo speciale di norma che ne imponga il rispetto<sup>31</sup>. Si dispongono così norme *statiche*, che impongono obblighi la cui rilevanza non può essere mutata dagli individui, e norme *dinamiche*, di cui gli individui possono modificare l'incidenza per attuare la divisione del lavoro e la cooperazione che sono indispensabili per poter produrre i mezzi di sussistenza in modo adeguato.

### 3.2. L'UGUAGLIANZA APPROSSIMATIVA DEGLI UOMINI

Benché gli uomini siano diversi tra loro per forza fisica, agilità e capacità intellettuale, nessun individuo è così forte da essere in grado, senza aiuto, di imporre il proprio dominio sugli altri se non per un breve periodo. Come sostiene Hobbes: «La natura ha fatto gli uomini così eguali, nella facoltà del corpo e dello spirito, che, quantunque si trovi spesso un uomo più forte o più intelligente di un altro, tuttavia in complesso la differenza tra uomo ed uomo non è tanto notevole che un uomo possa pretendere per sé un beneficio, il quale non possa pretendere un altro egualmente»<sup>32</sup>. *L'uguaglianza approssimativa* degli uomini determina «la necessità di un sistema di reciproche astensioni dalla violenza e di compromessi che è la base degli obblighi tanto giuridici che morali»<sup>33</sup>. Ebbene, così come Hobbes argomenta le ragioni dell'uguaglianza degli uomini nello «stato di natura», in cui gli individui esprimono il proprio «diritto su tutto» con forze sostanzialmente analoghe, per le quali, appunto, ognuno corre il rischio di essere sopraffatto dall'altro poiché tutti ugualmen-

d'una natura cieca, impregnata da un grande principio vivificante, e che lascia cadere dal suo grembo, senza discernimento né cura materna, i suoi figli storpi e abortivi!» D. Hume, *Dialoghi sulla religione naturale*, a cura di M. Dal Pra, Milano, 1947, pp. 122-131.

31 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 229. Le forme più semplici di proprietà, scrive Hart, «si possono vedere nelle norme che escludono le persone in generale, tranne il 'proprietario', dall'ingresso in, o dall'uso di, un terreno, o che vietano loro di prendere o di usare cose materiali».

32 T. Hobbes, *Leviatano*, cap. XIII, Roma-Bari, 1974, p. 106.

33 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 227.

te dotati di potenza bastante a causare danni al proprio simile<sup>34</sup>, Nietzsche parla di equilibrio di potenze. Le potenze equivalenti, secondo il filosofo tedesco, cercano di accordarsi giungendo a un reciproco riconoscimento di diritti per evitare gli eventi dannosi prodotti da un'alterna quanto vana contrapposizione. Così, il diritto può sorgere solo dove esistano patti, e «perché vi possano essere patti, deve sussistere un certo equilibrio di potenze»<sup>35</sup>, a nessuna delle quali *convenga*, a ogni buon conto, muovere guerra, non possedendo la sicurezza di prendere il sopravvento sulle altre, bensì *rischiando*, piuttosto, la propria sconfitta. Il diritto, dunque, è creato dalla saggezza (*die Klugheit*) di «por fine alla guerra e all'inutile sperpero tra potenze simili»<sup>36</sup>.

Tale uguaglianza approssimativa, richiamata da Hart, viene contraddetta dalle vicende della vita internazionale, dove, tra gli Stati, vi sono grandi differenze sia di forza che di vulnerabilità. La disuguaglianza tra i soggetti conferisce al diritto internazionale un carattere molto diverso da quello del diritto statale e gli impedisce di operare come un 'ordinamento coattivo organizzato'. «Per secoli le disparità fra gli Stati hanno prodotto un ordinamento in cui le sanzioni organizzate sono state impossibili, e il diritto è stato confinato a materie che non toccavano questioni 'vitali'»<sup>37</sup>. Grandi passi si stanno facendo in questo campo, ma solo un organismo che leghi i singoli Stati nazionali in una "federazione di popoli"<sup>38</sup>, che assuma il controllo delle disuguaglianze della

34 T. Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth*, p. 110 (*Leviatano*, trad. it. di G. Micheli, Firenze, 1976, p. 209).

35 F. Nietzsche, *Frammenti postumi 1885-1887*, trad. it. di S. Giannetta, vol. VIII, t. I, Milano, 1971/75, 5 [82].

36 F. Nietzsche, *Umano troppo umano II*, trad. it. di S. Giannetta - M. Montinari, Milano, 1965/67, *Parte seconda, Il viandante e la sua ombra*, 26. Cfr. cap. 4° del mio *Colpa, pena e presagi d'amore nell'Umwertung di Nietzsche*, Napoli, 2007, p. 112.

37 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 228-231.

38 Kant sostiene che ogni Stato, «per la propria sicurezza, può e deve esigere dall'altro di entrare con lui in una costituzione analoga alla civile, nella quale può venire garantito ad ognuno il proprio diritto. Questa sarebbe una federazione di popoli». I. Kant, *Per la pace perpetua*, a cura di N. Merker, Roma, 1996, p. 13.

forza, citando Kant, potrà esercitare una forma di diritto capace di porre un limite giuridico a guerre e discriminazioni: una federazione<sup>39</sup> di tipo particolare, che il filosofo di Königsberg chiama federazione di pace (*foedus pacificum*).

### 3.3. LA NECESSITÀ DI COMUNICARE CON I PROPRI SIMILI IN UN SISTEMA DI RECIPROCHE LIMITAZIONI

Per quanto riguarda l'*altruismo*, gli uomini, dice Hart, non sono demoni desiderosi di sterminarsi, ma creature vulnerabili sostenute innanzitutto dal desiderio di continuare a vivere, per raggiungere il quale scopo sono interessati a comunicare con i propri simili e a promuovere la loro sopravvivenza e il loro benessere. Ma se gli uomini non sono demoni, non sono certamente angeli, ed essendo probabilmente una via di mezzo tra questi due estremi, si rende necessario un sistema di reciproche limitazioni. Con una disposizione all'*altruismo* limitata e discontinua, la loro tensione alla violenza è sufficientemente forte da essere fatale alla vita sociale se non venga sottoposta a severi divieti e controlli. Ma i vantaggi che si ricavano dall'astensione dalla violenza sono così rilevanti che il numero di coloro che si mettono a collaborare volontariamente in un ordinamento coattivo diviene superiore a quello degli oppositori. I benefici ottenuti dalle norme che proteggono persone, proprietà e promesse, infatti, dice Hart, sono irrinunciabili. «La maggior parte degli uomini è in grado di rendersene conto e di compiere quel sacrificio degli interessi immediati di breve durata che è richiesto dalla conformità a queste norme»<sup>40</sup>. Ciò nondimeno, essendo anche la *comprensione* e la *forza di volontà* umane *limitate*, in talune circostanze, se non vi fosse un'organizzazione che scopre e punisce i trasgressori, in molti cederebbero alla tentazione di raggiungere i propri interessi immediati a discapito dei benefici a lungo raggio. «Le 'sanzioni' non sono perciò neces-

39 «Lo stato federativo è infatti l'unico compatibile con la libertà dei singoli Stati. Unico scopo della federazione di Stati è quello di evitare la guerra». I. Kant, *Per la pace perpetua, Un progetto filosofico*, Milano, 1997, p. 159.

40 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 230.



sarie come motivo normale dell'obbedienza, ma come una *garanzia* che coloro i quali sono disposti a obbedire volontariamente non vengano sacrificati a coloro che non sono disposti a farlo. Obbedire, senza questa garanzia, significherebbe rischiare di essere nella situazione peggiore. Dato questo permanente pericolo, ciò che la ragione richiede è una cooperazione *volontaria* in un *ordinamento* coattivo»<sup>41</sup>.

### 3.4. LA NECESSITÀ NATURALE DELLE SANZIONI

Dunque, conclude Hart, si può replicare alla tesi giuspositivistica secondo cui 'il diritto può avere qualsiasi contenuto', e all'annosa questione se ogni ordinamento giuridico *debba* stabilire delle sanzioni, mettendo in luce questa semplice spiegazione ricavata dal diritto naturale. La comprensione del diritto e della morale, infatti, nonché la definizione delle norme fondamentali di entrambi, è inadeguata se viene compiuta in termini formali e non viene riferita a un contenuto specifico. Considerato l'insieme dei fattori e dei bisogni sociali, si può affermare che l'emanazione di sanzioni in un ordinamento statale è una *necessità naturale* e che forme minime di protezione delle persone, della proprietà e delle promesse, sono caratteristiche irrinunciabili del diritto statale. Con tale replica, osserva Lon Fuller, Hart mostra appunto di staccarsi risolutamente «dalla più radicale tesi giuspositivistica, secondo cui il diritto può avere qualsiasi contenuto (per questo si è potuto parlare da parte di alcuni di un giusnaturalismo moderato del secondo Hart)»<sup>42</sup>.

### 4. LA COMUNICAZIONE COME FONTE DI FORME SOCIALI SEMPRE PIÙ COMPLESSE

Sebbene un sistema di norme non possa essere imposto senza coazione, affinché il potere coercitivo del diritto e dello Stato sia efficace, come si è detto, occorre che un numero sufficiente di persone lo accolga in modo libero e volontario. Difatti, per Hart, l'ordinamento giuridico è un fenomeno sociale che presenta sempre due

aspetti, entrambi degni di rilevanza: l'aspetto interno e l'aspetto esterno delle norme. Una società giuridicamente organizzata «comprende coloro che considerano le sue norme dal punto di vista interno come criteri accettati di comportamento, e non meramente come attendibili predizioni di ciò che accadrà loro, per mano dei funzionari, se disobbediranno. Ma essa comprende anche coloro sui quali, in quanto malfattori oppure mere vittime indifese dell'ordinamento, questi criteri di condotta devono venire imposti con la forza o con la minaccia della forza: essi considerano le norme soltanto come la fonte di una possibile punizione. L'equilibrio tra questi due tipi di componenti sarà determinato da molti fattori diversi»<sup>43</sup>. Secondo l'analisi di Fuller, l'ordinamento come fenomeno sociale sorge da «una sorta di anonima collaborazione fra gli individui», che, attraverso istituzioni e procedure, instaura una capacità di comunicazione e una relazione di reciprocità tra i suoi membri in forme sociali sempre più complesse. «In quali circostanze un dovere, giuridico o morale, diviene comprensibile ed accettabile agli individui che si mettono ad operare in base al principio di reciprocità?»<sup>44</sup>. Fuller, come Hart, risponde che il rapporto di reciprocità dal quale sorge il dovere morale e giuridico, deve essere innanzitutto accettato volontariamente dalla maggior parte dei consociati. «In secondo luogo, gli adempimenti reciproci delle parti devono in qualche modo essere di uguale valore. Sebbene la nozione di assunzione volontaria del dovere implichi essa stessa un forte appello al senso di giustizia, questo appello è rafforzato quando ad esso si aggiunge l'elemento dell'equivalenza. [...] Il legame di reciprocità unisce gli individui non semplicemente *malgrado* le loro differenze, ma *a causa* delle loro differenze. Quando, perciò, cerchiamo l'eguaglianza in un rapporto di reciprocità, ciò che chiediamo è un qualche metro di valore che può essere applicato a cose di specie differenti»<sup>45</sup>. Se l'ordinamento agisce con giustizia ed equità, scrive Hart, e «provvede realmente agli interessi vitali e diversi di tutti coloro ai quali richiede obbedienza, può ottenere e

41 *Ibidem*.

42 L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., *Presentazione* di A. Dal Brollo, pp. XIX-XX.

43 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 235.

44 L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., p. 32.

45 *Ibidem*, p. 33 ss.

mantenere la fedeltà della maggior parte delle persone per molto tempo, e sarà perciò stabile»<sup>46</sup>. Se, invece, l'ordinamento è guidato esclusivamente "nell'interesse del gruppo dominante", può divenire sempre più oppressivo ed essere reso "instabile dalla minaccia latente di rivolta"<sup>47</sup>.

##### 5. LA GIUSTIZIA COME CRITERIO DI VALUTAZIONE DELLE ISTITUZIONI GIURIDICHE

I termini impiegati abitualmente per esprimere un giudizio sul diritto e l'amministrazione delle sue pratiche, sono le parole 'giusto' e 'ingiusto' poiché si attribuisce alla giustizia una posizione preminente nella valutazione delle istituzioni giuridiche. Ma, per il carattere peculiare della giustizia, non sempre 'giusto' ed 'ingiusto' possono esprimere con esattezza le motivazioni per le quali le norme giuridiche sono da approvare o disapprovare. Affinché venga alla luce il carattere specifico della giustizia è sufficiente soffermarsi, ad esempio, sul caso di un uomo che eserciti enorme crudeltà verso il proprio bambino. Di tale comportamento si dirà che è un atto moralmente cattivo o *malvagio*, «o che ha trascurato il proprio *obbligo* o dovere morale verso il figlio»<sup>48</sup>. Sarebbe inesatto, nondimeno, criticare la sua condotta come ingiusta. «Questo non perché la parola 'ingiusto' sia troppo debole per esprimere una decisa condanna, ma perché il tipo di critica morale svolto in termini di giustizia o di ingiustizia è di solito diverso da, e più specifico di, altri tipi di critica morale generale che sono adatti in questo caso particolare e sono espressi da parole come 'male', 'cattivo' o 'malvagio'»<sup>49</sup>. Una critica di questo genere non può essere pronunciata in termini di 'giustizia' e 'ingiustizia'. La parola 'ingiusto' sarebbe adeguata se quell'uomo avesse scelto arbitrariamente di infliggere ad uno dei suoi figli una punizione più severa di quella inflitta ad altri figli colpevoli dello stesso atto, o se avesse punito il figlio per

qualche colpa senza accertarsi della sua reale responsabilità. 'Giusta', ad esempio, continua Hart, è l'approvazione di una legge che distribuisce il peso delle imposte in proporzione alla ricchezza; 'ingiusta', l'approvazione di una legge che proibisce ai cittadini di colore di usare i pubblici mezzi di trasporto o di entrare nei parchi. «Che giusto e ingiusto siano forme più specifiche di critica morale di buono e cattivo o bene e male, risulta chiaro dal fatto che si potrebbe sostenere in modo comprensibile che una legge è buona perché è giusta, o che è cattiva perché è ingiusta, ma non che è giusta perché buona, o ingiusta perché cattiva»<sup>50</sup>.

##### 5.1. LA FORMA COMPLESSA DEL CONCETTO DI GIUSTIZIA

Ne' *Le libertà fondamentali*, Hart illustra la concezione generale della giustizia di Rawls, per il quale tutti i valori sociali, libertà e opportunità, ricchezza e reddito, «devono essere distribuiti in modo eguale, a meno che una distribuzione ineguale, di uno o di tutti questi valori, non vada a vantaggio di ciascuno»<sup>51</sup>. Ineguaglianze economiche e sociali devono essere disposte in modo da procurare la massima utilità per i meno avvantaggiati. La teoria della giustizia di Rawls come equità propone una modalità originale dalla quale trarre i principi con cui plasmare l'ordine della società e delle sue istituzioni. I principi di giustizia sono quelli che persone razionali sceglierebbero in una ipotetica 'posizione iniziale' di uguaglianza nella quale, come 'dietro un velo di ignoranza', esse non conoscono la propria posizione e ignorano «le proprie capacità, le proprie inclinazioni psicologiche e concezioni del bene, il loro *status* e la loro posizione all'interno della società, nonché il livello di sviluppo della società alla quale de-

46 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 235.

47 *Ibidem*. Per un interessante approfondimento di queste tematiche cfr. M. Jori, *Il giurista selvaggio*, in *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. Guastini, Bologna, 1980, pp. 361-375.

48 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 185.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*, p. 186. Cfr. su questi temi A. Cerri, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma 2003, pp. 25-140; U. Vincenti, *Giustizia e metodo. Contro la mitologia giuridica*, Torino, 2005, p. 20 ss.

51 J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, ultima ed. a cura di S. Maffettone, trad. it. di U. Santini, Milano, 2008, p. 67 ss. Su questa interessante tematica cfr. C. Perelman, *La giustizia*, con prefazione di N. Bobbio, traduzione di L. Ribet, Torino, 1959. R. Rorty, *Rappresentazione, pratica sociale e verità*, in *Filosofia '88*, a cura di G. Vattimo, Roma-Bari, 1989, pp. 209-225.

vono appartenere»<sup>52</sup>. Deliberando dietro il 'velo di ignoranza', gli individui, per tutelare se stessi, inevitabilmente giungerebbero a fissare diritti e doveri patteggiando uno schema equo di distribuzione di costi e benefici, vantaggioso per tutte le parti della cooperazione sociale.

Anche Hart ritiene che la complessità della struttura del concetto di giustizia debba ripartirsi in due coefficienti: il precetto, uniforme e costante, che si riassume nella formula: 'Tratta i casi uguali in modo uguale', e un criterio, variabile e incostante, che indica quando, per ogni determinato fine, i casi sono uguali o sono diversi<sup>53</sup>. Le caratteristiche differenziali della giustizia, e la sua speciale connessione con il diritto, si delineano con maggior chiarezza se vengono specificate con i termini 'equo' (*fair*) e 'non equo' (*unfair*). L'equità non concerne il comportamento dei singoli individui ma il criterio mediante il quale a intere classi di individui vengono distribuiti oneri e benefici alla luce del concetto di 'partecipazione'. Le diverse applicazioni del concetto di giustizia si fondano sul fatto che «gli individui hanno diritto nei loro rapporti reciproci a una certa posizione relativa di uguaglianza o disuguaglianza specie quando si devono distribuire i pesi e i benefici: e anche di qualcosa che si deve ristabilire quando viene turbato»<sup>54</sup>. Perciò si ricorre abitualmente alla giustizia al fine di instaurare o restaurare un equilibrio o una proporzione<sup>55</sup>, «e il suo precetto

52 H.L.A. Hart – J. Rawls, *Le libertà fondamentali*, a cura di P. Marrone, trad. it. di R. Gefter-Wondrich, Torino, 1994, p. 6.

53 A questo riguardo, scrive Hart, «la giustizia è come i concetti di verità, o altezza, o calore, che contengono un implicito riferimento a un criterio che varia con la classificazione degli oggetti a cui vengono applicati. Un bambino alto può avere la stessa statura di un adulto piccolo, un inverno caldo la stessa temperatura di un'estate fredda, e un diamante falso può essere un vero oggetto di antiquariato. Ma la nozione di giustizia è assai più complicata di questi concetti perché il criterio instabile di somiglianza rilevante fra casi diversi incorporati in essa non soltanto muta con il tipo di oggetto cui si applica, ma può spesso essere esposto a obiezioni anche in relazione a un singolo tipo di oggetto». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 187-188.

54 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 186.

55 Allo stesso modo, «quando protestiamo in nome della giustizia contro una legge che vieta ai cittadini di

base viene formulato spesso così: 'Tratta tutti i casi uguali in modo uguale'; benché sia necessario aggiungere a questa frase 'e tratta i casi diversi in modo diverso'»<sup>56</sup>.

## 5.2. LA GIUSTIZIA 'ARTIFICIALE' COME COMPENSAZIONE DELL'INGIUSTIZIA NATURALE

La funzione del diritto di agire con giustizia e di *distribuire* equamente, tra i membri di una società, pesi e benefici<sup>57</sup>, viene dunque espres-

colore l'uso dei parchi pubblici, il motivo di tale critica è che questa legge è cattiva perché nel distribuire i pubblici vantaggi fra la popolazione compie una discriminazione tra persone che sono, in tutti gli aspetti rilevanti, uguali. Viceversa, se una legge viene lodata come giusta perché toglie a qualche gruppo speciale dei privilegi o delle immunità, ad esempio nel settore delle imposte, il motivo essenziale è che non vi sono differenze rilevanti fra la classe privilegiata e il resto della comunità tali da giustificare il trattamento speciale di quella». Nel vietare l'omicidio, scrive Hart, non è di certo ingiusto che il diritto riservi agli assassini con i capelli rossi lo stesso trattamento riservato a tutti gli altri; mentre, ovviamente, sarebbe ingiusto se li trattasse, per l'appunto, in modo diverso, come lo sarebbe se rifiutasse di riservare un trattamento diverso al sano di mente e al pazzo. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 187.

56 Tuttavia, sebbene l'espressione 'Tratta i casi uguali in modo uguale e i casi diversi in modo diverso' sia una componente essenziale nel concetto di giustizia, «essa è di per sé incompleta e, finché non viene integrata, non può permettere nessuna guida determinata della condotta. Ciò perché ogni gruppo di esseri umani assomiglia ad altri gruppi per certi aspetti e ne differisce per altri, e, finché non venga stabilito quali somiglianze e quali differenze sono rilevanti, l'espressione 'Tratta i casi uguali in modo uguale' deve rimanere una forma vuota». Dunque è possibile procedere a criticare le leggi o altre istituzioni sociali come ingiuste solo una volta che si sia venuti a conoscenza di quando i casi devono essere stimati uguali e quando invece differenti. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 187.

57 La distribuzione equa di pesi e benefici impone ad esempio, per il risarcimento per danni civili che le norme non stabiliscano privilegi o immunità. Ciò si verificerebbe, ad esempio, «se soltanto i nobili potessero querelare per diffamazione, o se nessun bianco fosse responsabile verso una persona di colore per violazione della proprietà o per violenza. Tali norme violerebbero, in modo chiaro e diretto, i principi di una equa distribuzione dei diritti e dei doveri di risarcimento». Esse potrebbero essere ingiuste anche in modo diverso: infatti pur non attuando alcuna discriminazione potrebbero non procurare il dovu-



sa dal principio 'Tratta i casi uguali in modo uguale e i casi diversi in modo diverso'. Di là dal diritto, dice Hart, una ferma convinzione morale, come si è visto, impone ai destinatari delle leggi di attenersi a una condotta leale e a una reciproca astensione da certi tipi di condotta dannosa. «Una simile struttura di diritti e obblighi reciproci, che vietano almeno i tipi più gravi di danno, costituisce la base, se non la totalità, della moralità di ogni gruppo sociale. Il suo effetto è quello di creare un'uguaglianza morale e, in un certo senso, artificiale, per compensare le disuguaglianze di natura»<sup>58</sup>. Il codice morale, difatti, proibisce a ciascun un uomo di usare violenza nei confronti dei propri simili, anche se la forza o l'astuzia, o altre qualità di cui la natura dota in modo maggiore alcuni rispetto ad altri, permetterebbe loro di farlo impunemente. Ma è solo grazie al potere coercitivo del diritto, il quale potenzia e rende stabili i dettami del codice morale, che forti e astuti sono posti giuridicamente allo stesso livello di deboli e sprovveduti. Perciò l'uomo che approfitta della maggiore forza di cui la natura lo ha dotato per danneggiare un altro è considerato come un distruttore dell'equilibrio stabilito dalla morale: «la giustizia esige allora che questo *status quo* morale venga restaurato per quanto possibile dal colpevole»<sup>59</sup>. Così, il principio 'Tratta i casi uguali in modo uguale' provvede alla restaurazione, dopo il danno, dello *status quo* morale in cui la vittima e l'offensore si trovano su una posizione di uguaglianza e sono, da questo punto di vista, simili<sup>60</sup>. Talvolta le esigenze della giusti-

to risarcimento morale. Così, «la legge potrebbe essere ingiusta pur trattando tutti in modo uguale. Il difetto di queste norme giuridiche sarebbe allora non la cattiva distribuzione ma il rifiuto, per tutti ugualmente, di risarcire i danni che era moralmente riprovevole infliggere agli altri». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 192.

58 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 193.

59 *Ibidem*.

60 È concepibile, tuttavia, che esista una concezione morale «che non pone gli individui su una base di reciproca uguaglianza in queste materie. Un codice morale potrebbe proibire ai Barbari di assalire i Greci ma permettere ai Greci di assalire i Barbari. In simili casi un Barbaro potrebbe essere ritenuto moralmente obbligato a risarcire a un Greco i danni inflitti benché non legittimato egli stesso a un simile risarcimento. L'ordine morale sarebbe in questo

zia possono essere in conflitto con altri valori. Ciò può capitare quando un tribunale, nel condannare un criminale recidivo, infligge una condanna più severa di quella inflitta in casi simili, e fa questo espressamente 'come ammonimento'. In tale circostanza il principio 'Tratta i casi uguali in modo uguale' viene sacrificato al principio della sicurezza e del benessere generale della società. Quando si compie la difesa del benessere sociale, vi è in essa un richiamo implicito alla 'giustizia sociale' che differisce dalle forme primarie di giustizia le quali «riguardano semplicemente la restaurazione, per quanto è possibile, dello *status quo* tra due individui»<sup>61</sup>. La connessione tra idee di giustizia e idee di bene o benessere sociale comportano la considerazione che pochi mutamenti sociali o norme giuridiche portano vantaggio o aumentano il benessere di tutti gli individui nello stesso modo, e una scelta effettuata senza una precedente ed attenta analisi degli interessi di ogni gruppo della comunità, sarebbe criticabile in quanto risulterebbe parziale e ingiusta<sup>62</sup>. Dunque, la tesi che una scelta tra pretese contrastanti di classi o interessi diversi sia stata fatta 'per il bene comune', può essere giustificata solo dal fatto che le pretese di tutti siano state imparzialmente vagliate prima della decisione.

caso un sistema di disuguaglianza in cui vittima e offensore sarebbero trattati diversamente. In base a una simile concezione, per quanto essa possa essere ripugnante per noi, la norma sarebbe giusta soltanto se rispecchiasse questa differenza e trattasse i casi diversi in modo diverso». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 194.

61 *Ibidem*, p. 195.

62 Soltanto le leggi che provvedono ai bisogni più elementari, nota Hart, «come la protezione da parte della polizia o la costruzione di strade, si avvicinano a questo tipo. Nella maggior parte dei casi il diritto stabilisce dei benefici per una classe della popolazione solo a costo di privare gli altri di quello che preferiscono. I benefici per i poveri possono essere tratti soltanto dai beni degli altri: l'istruzione obbligatoria per tutti può significare non soltanto perdita di libertà per coloro che desiderano istruire i loro figli privatamente, ma può essere finanziata soltanto a costo di ridurre o sacrificare gli investimenti di capitale nell'industria o le pensioni per la vecchiaia o l'assistenza sanitaria gratuita. Quando si compie una scelta tra queste alternative in conflitto, essa può essere difesa come opportuna perché è volta al 'bene pubblico' o al 'bene comune'». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 195-196.

### 5.3. IL PRIMATO DELLA PERSONA E DELLE SUE ESIGENZE DI COMUNICARE E RELAZIONARSI

La questione della giustizia o ingiustizia del diritto riguarda sia l'applicazione delle leggi ai casi particolari, sia la funzione dell'ordinamento giuridico, che deve mostrare, in fin dei conti, la sua capacità di realizzare la 'virtù sovrana', ovvero l'uguaglianza, quale requisito indispensabile delle attuali democrazie<sup>63</sup>.

Benché, infatti, in tempi antichi, gli esseri umani fossero distinti, proprio dai fondatori del giusnaturalismo, tra liberi e schiavi, ovvero tra coloro ritenuti naturalmente adatti ad essere liberi, e coloro ritenuti naturalmente adatti ad essere schiavi, o, come dice Aristotele, gli "strumenti viventi" degli altri, attualmente, nella maggior parte dei paesi civili, vi è

63 Espressione creata dall'allievo di Hart, Ronald Dworkin, nella sua opera: *Virtù sovrana*, trad. it. di G. Bettini, Milano, 2002, specialmente pp. 259-312. Sui rapporti intercorsi tra Maestro e Allievo rimando al mio saggio *Nota su alcuni fondamenti hartiani del diritto*, in Riv. "Filosofia dei Diritti Umani - Philosophy of Human Rights", 2007, 25-26, pp. 15-38. Dworkin, raccomanda che la decisione giudiziaria sia sempre coerente con i principi e realizzi il postulato di *equal concern and respect*, il quale rappresenta il nucleo della connessione tra diritto e morale che si attua sia a livello legislativo sia a livello giudiziario. Infatti, l'obbligatorietà delle norme e l'obbedienza ad esse può legittimarsi solo se all'interno di una comunità sociale viga il requisito dell'integrità e se i suoi membri accettino di "essere governati da principi comuni, e non soltanto da regole derivanti da compromessi politici", sulla base della reciprocità di diritti e doveri e su una linea coerente di equità e di giustizia. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, in *Il Saggiatore*, Milano, 1989, p. 199 ss. L'illustrazione dei principi quali valori fondativi del diritto costituisce la tesi centrale del pensiero dworkiniano. Per un approfondimento di questa trattazione cfr. G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005, in particolare pp. 85-95; Id., *Teorie «Costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin, Bologna, 2000, p. 11 ss. Cfr. inoltre V. Villa, *Teorie giuridiche e giudizi di valore*, in "Analisi e diritto", 1997, Torino, 1998, pp. 235-264; R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1952, trad. it. *Il linguaggio della morale*, Roma, 1968, pp. 10-181; L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, Milano, 1986, in particolare pp. 130-239; N. McCormick, *Diritto, morale e positivismo giuridico*, ora in N. McCormick e O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, trad. it. a cura di M. La Torre, Milano, 1990, pp. 157-179; M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 10 ss.; G. Zaccaria, R. Dworkin e l'ermeneutica, cit., p. 197 ss.

un ampio accordo sull'idea che sia il diritto penale (il quale pone delle restrizioni alla libertà ma offre protezione di fronte a diversi tipi di danni) sia il diritto civile (il quale offre risarcimento per i danni), sarebbero ingiusti se, nel distribuire pesi e benefici, discriminassero le persone in base a elementi come il colore o la fede religiosa. La protezione e i benefici ottenuti dal sistema sociale di reciproche astensioni dalla violenza, fondamento sia del diritto che della morale, viene estesa, nelle società attuali, ad ogni persona. Il rifiuto di un'elementare protezione a qualunque essere umano disposto a subirne le limitazioni corrispondenti, dice Hart, insulterebbe i principi di morale e di giustizia ai quali, oggi, almeno a parole, tutti gli Stati riconoscono valore. Dunque si deve orientare il diritto "al primato della persona" e alle sue esigenze di comunicare e relazionarsi con i suoi simili, subordinando tutte le altre dimensioni «meramente funzionali alla conservazione del sistema sociale»<sup>64</sup>. Il banco di prova della fedeltà del diritto alla sua genesi onto-esistenziale, come direbbe Cotta<sup>65</sup>, è che la sua struttura essenziale non coincida con quella di una semplice tecnica di controllo sociale<sup>66</sup>. Ogni 'persona' ha diritto in sé a certe fondamentali protezioni e libertà, e, laddove il diritto introducesse discriminazioni in base a elementi di colore o di razza, si manifesterebbe grande dissenso<sup>67</sup>. Accogliendo il principio

64 G. Magrì, *Morte dello Stato sovrano o estinzione del diritto?*, in *Sconfinamenti. Reti, regole, diritto, Atti del colloquio di Garganza*, in "Teoria e Critica della Regolazione sociale", 2007, n. 1, pp. 1-12. Cfr. anche B. Romano, *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno. Lezioni 1986-1987*, Roma, 1987, pp. 1-158.

65 S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, pp. VIII-156; Id., *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, pp. XI-118; Id., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, specialmente pp. 41-186.

66 G. Magrì, *Morte dello Stato sovrano o estinzione del diritto?*, cit., pp. 1-12. Cfr. su questa tematica J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt a. M., 2001, trad. it. a cura di L. Ceppa, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, pp. 1-124.

67 Il dissenso sarebbe manifestato in modo ancor maggiore se «gli omicidi appartenenti alla chiesa di stato fossero sottratti alla pena capitale, se soltanto i pari potes-

dell'uguaglianza *prima facie* degli esseri umani, la morale dei nostri tempi mostra dunque di riferirsi a valori diversi rispetto a quelli di tempi più antichi, ponendo in evidenza che «i criteri delle somiglianze e delle differenze rilevanti variano con le concezioni morali fondamentali di una società»<sup>68</sup>.

#### 6. LA STRUTTURA APERTA DELLA MORALE E I SUOI ELEMENTI ESCLUSIVI

È opportuno rilevare che, per Hart, la morale non esaurisce il suo contenuto nei principi della giustizia, e non tutte le critiche mosse al diritto su basi morali sono mosse in suo nome. Certe leggi possono essere condannate come moralmente cattive perché impongono agli uomini di compiere particolari azioni che la morale proibisce di compiere, o perché impongono agli uomini di astenersi dal compiere azioni che sono moralmente obbligatorie. È perciò necessario definire, in termini generali, principi, norme e criteri relativi alla condotta che appartengo-

sero proporre querela, se la violenza contro le persone di colore fosse punita meno severamente di quella contro i bianchi, queste leggi verrebbero, in molte comunità moderne, condannate come ingiuste sulla base del principio che *prima facie* gli esseri umani devono essere trattati in modo uguale e che questi privilegi e immunità si fondano su dei motivi irrilevanti». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 189-190. La dignità di ogni 'persona' impone che non solo la società, ma anche il mercato, non possano trascurare il suo diritto a certe fondamentali protezioni e libertà. Come afferma Perlingieri, «la sfrenata libertà del mercato si traduce in lotta e in conflitto rischiando di relegare la dignità personale a semplice valore di scambio, esponendo i soggetti deboli, sopraffatti o sfruttati, alla marginalità. In tal modo il mercato si configura come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali, che conduce gli uomini ad una mercantilizzazione infinita». P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 474. Cfr. anche A. Falzea, *Etica e diritto*, Prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico 2002/2003, "Università Mediterranea", Reggio Calabria – 8 marzo 2003, p. 3 ss.; P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 76 ss.; Id., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in "Rass. Dir. civ.", 1995, n. 1, p. 84 ss.; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 27 ss., 65 ss., 189 ss.; Id., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in "Rass. Dir. civ.", 1982, p. 1022 ss. 68 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 191.

no solo alla morale e che rendono la condotta 'moralmente obbligatoria'<sup>69</sup>. Ci troviamo qui di fronte a due difficoltà che si sottintendono. La prima è che la parola 'morale', e tutti gli altri suoi sinonimi come 'etica', hanno una notevole zona di ambiguità o 'struttura aperta'; la seconda è che tale 'apertura' non consente di chiarire definitivamente se esistano principi immutabili, non creati dall'uomo, che aspettano solo di essere riconosciuti dalla ragione, o se nella realtà si riscontrino, viceversa, solo atti, scelte, bisogni e sentimenti umani mutevoli. Tali semplici sintesi rappresentano, in definitiva, due posizioni estreme della filosofia morale, per conciliare le quali occorre individuare le caratteristiche esclusive di principi, norme e criteri di condotta prospettati come 'moralì'. La maggior parte dei filosofi concorda nel ritenere che, per quanto possano dar origine a interpretazioni e spiegazioni molto diverse, quattro elementi si ritrovino collegati necessariamente ad ogni norma o principio morale: *l'importanza, l'immunità da mutamenti deliberati, il carattere volontario dei delitti e le forme di pressione sociale*. Un argomento decisivo riassume le quattro caratteristiche che distinguono la morale, non solo dalle norme giuridiche, ma anche da altri tipi di norme sociali, ed è quello che si ricollega alla tesi più nota che, «mentre le norme giuridiche prescrivono il comportamento 'esterno' e sono indifferenti ai motivi, alle intenzioni o ad altri elementi 'interni' che si accompagnano alla condotta, la morale, invece, non esige specifiche azioni esterne ma solo la buona volontà o intenzioni e motivi onesti»<sup>70</sup>. È pur vero, tuttavia, che questa tesi, secondo Hart, si origina dalla differenza che sussiste tra il rimprovero morale e la sanzione giuridica, dovuta al fatto che un ordinamento giuridico contiene sempre norme sulla 'responsabilità oggettiva', in base alle quali coloro che hanno trasgredito, sebbene non intenzionalmente e senza 'colpa', sono in ogni caso assoggettabili a sanzione. Viceversa, la nozione di 'responsabilità oggettiva' nella morale è quasi una contraddizione in termini, e nel momen-

69 Per un approfondimento di questa interessante tematica cfr. G. Angelini – F. Cavalla – E. Lecaldano, *Problemi di etica: fondazione, norme, orientamenti*, Padova, 1990.

70 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 202.



to in cui qualcuno, in modo non intenzionale, compia un'azione proibita dalle norme morali, o non compia un'azione da esse imposta, è perciò stesso disculpato dal rimprovero. Tuttavia, la contrapposizione tra il 'carattere interno' della morale e il 'carattere esterno' del diritto, è così familiare al pensiero giusfilosofico che non può essere considerata priva di fondamento.

### 6.1. IL CEMENTO MORALE DELLA SOCIETÀ

La prima caratteristica essenziale delle norme o dei criteri morali che mirano a conservare la struttura di una società ordinata, e a preservare i membri che la compongono da possibili danni, è quella di essere considerati molto *importanti* dal gruppo sociale e dagli individui che la compongono. La loro influenza è tale da limitare la spinta di forti passioni e da sacrificare gli interessi personali. Difatti, i criteri morali vengono comunicati nella società come se si trattasse di elementi indispensabili, inculcando la convinzione che se «non fossero generalmente accettati, avverrebbero dei mutamenti spiacevoli e di grande portata nella vita degli individui»<sup>71</sup>. Una simile spiegazione utilitaristica non chiarisce, tuttavia, perché la moralità di ogni società dia spazio innanzitutto a norme che riguardano il comportamento sessuale, visto che la condotta che tali norme proibiscono non può considerarsi dannosa per gli altri. «Anche in una moderna società che ha smesso di considerare la propria moralità come di derivazione divina, il calcolo della dannosità per gli altri non spiega l'importanza annessa alla regolamentazione morale del comportamento sessuale, come ad esempio il comune ostracismo dato all'omosessualità. Le funzioni e sensazioni sessuali sono questioni di tale importanza e interesse emotivo per tutti, che le deviazioni dalle forme accettate e normali della loro espressione

71 In contrasto con i criteri della morale, dice Hart, «le regole dello sport, delle buone maniere, del vestire, e alcune, benché non tutte, fra le norme giuridiche, occupano una posizione relativamente bassa nella graduatoria dell'importanza. Possono essere noiose da osservare, ma non richiedono un grande sacrificio: non si esercita una grande pressione per ottenerne l'osservanza, e non avverrebbero dei grandi mutamenti in altri campi della vita sociale se esse non venissero osservate o venissero cambiate». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 203.

vengono facilmente rivestite di un intrinseco 'pudore' o importanza. Queste vengono aborrite, non per la convinzione della loro dannosità sociale, ma semplicemente come 'non naturali' o in sé ripugnanti»<sup>72</sup>. In realtà, l'imposizione della morale è ritenuta vincolante anche quando gli atti definiti immorali, direttamente o indirettamente, non danneggiano nessuno, perché la violazione di un principio, indebolendo "il cemento morale della società", può costituire un grave pericolo di dissoluzione o di collasso. «La società può usare il diritto per difendere la propria morale così come lo usa per salvaguardare qualunque altro fattore essenziale per la propria esistenza»<sup>73</sup>. Le norme giuridiche sono generalmente simmetriche alle norme morali, e arrivano a imporre o a proibire lo stesso comportamento, venendo considerate senza dubbio importanti come le corrispondenti norme morali, tuttavia non allo stesso modo<sup>74</sup>.

### 6.2. IMMUNITÀ DA MUTAMENTI DELIBERATI DELLE NORME MORALI

La seconda caratteristica essenziale delle norme o dei criteri morali consiste nella loro *immunità da mutamenti deliberati*, e si deduce dalla constatazione che mentre le norme giuridiche sono introdotte *ex novo* nell'ordinamento, oppure mutate o abrogate mediante un atto deliberato (sebbene alcune di esse siano preservate da mutamenti per esplicita disposizione della Costituzione che, in alcuni ambiti, interviene a delimitare la competenza del potere legislativo), le norme morali *non possono* venire fissate, modificate ed eliminate mediante lo stesso procedimento. Infatti

72 *Ibidem*, p. 204.

73 H.L.A. Hart, *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 67 ss.

74 Nel momento in cui nessuno ritenga più di alcuna importanza od opportunità conservare una norma morale, sarebbe irragionevole che una società la considerasse come parte della sua morale. Le vecchie consuetudini e tradizioni possono, in verità, avere avuto un tempo il carattere di norme morali, ma il loro carattere di moralità si esaurisce "insieme all'importanza annessa alla loro osservanza e violazione". Se si è d'accordo sulla necessità di abrogare una norma giuridica, invece, essa rimane "una norma giuridica finché non viene abrogata". H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 205.

sarebbe contraddittorio, per la funzione impiegata dalla morale nella vita degli individui, che norme, principi e criteri morali fossero considerati quali «fenomeni suscettibili di creazione o mutamento per mezzo di un atto deliberato, alla pari delle norme giuridiche»<sup>75</sup>. La filosofia morale è consacrata all'illustrazione di tale qualità specifica della morale, che spiega perché essa sia una dimensione in cui i valori, non essendo frutto di scelta umana, vadano solo riconosciuti. Tuttavia, non essendo neppure le tradizioni sociali suscettibili di creazione o abrogazione per opera di un atto deliberato, tale caratteristica, benché estremamente importante, non può considerarsi un elemento delle norme morali sufficiente a distinguerle da tutti gli altri tipi di norme sociali. E sebbene una norma o tradizione morale non possa venire abrogata o mutata per mezzo di una scelta e di un provvedimento deliberato, come avviene per le leggi, ovvero mediante provvedimenti legislativi, essa non è però immune da altri tipi di cambiamento, tanto più che l'emanazione o l'abrogazione di una norma giuridica può essere causata proprio dal mutare o dal venir meno di qualche principio morale o di qualche valore che ne è alla base<sup>76</sup>. Esemplicativo, a questo proposito, è un passo di *Forze, leggi e poteri*, in cui Capozzi osserva che le comunità umane si consolidano su valori che si modellano nella forma giuridica di 'norme' col plasmarsi delle istituzioni. La morale sociale è all'origine dei valori giuridici con i quali i consociati organizzano la loro vita in comune tendendo al progresso e al miglioramento e creando sistemi che, nella loro peculiarità, formano la

75 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 206.

76 Se dovesse essere proibita e punita dalla legge una pratica tradizionale come le celebrazioni della notte di Guy Fawkes, osserva Hart, la pratica potrebbe anche cessare e la tradizione scomparire. Viceversa, se le leggi imponessero il servizio militare a certe classi, ciò potrebbe sviluppare una tradizione che potrebbe sopravvivere alla legge. In questo passo Hart allude alle celebrazioni che si svolgono ogni anno in Inghilterra, la notte del 5 novembre, per festeggiare, con fuochi d'artificio, la scoperta della 'congiura delle polveri', cioè un complotto cattolico guidato da Guy Fawkes, che aveva lo scopo di far saltare in aria il Parlamento di Westminster nel 1605. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 206.

struttura istituzionale di ciascuna società<sup>77</sup>. Nelle comunità si osserva un nesso tra valori e modelli, che assumono la forma giuridica di 'norme', con un'articolazione mediante la quale il valore influisce sul modello e il modello garantisce la salvaguardia e la permanenza del valore. Le norme giuridiche, che fungono da freno della corruzione dei valori nei contatti con le alterne vicende della società e delle variazioni del tempo, da un lato, sono una costante nelle variabili temporali, dall'altro, sono sottoposte a limitazioni di durata, altrimenti diverrebbero la pietrificazione dei valori o 'simulacri di trapassate esistenze sociali' e si convertirebbero da garanzia di progresso in minaccia di regresso dei consociati. «Benché non si possa quantificare aprioristicamente la durata dei modelli di comunità, sussiste tuttavia un criterio non meno ovvio di previsione del tempo sociale, in dipendenza della vitalità dei valori che si incorporano nelle istituzioni. I modelli con cui si istituiscono le comunità, si estinguono con l'esaurirsi della vitalità dei valori»<sup>78</sup>. I provvedimenti legislativi, dunque, con l'emanazione di norme, confermano e garantiscono i valori vitali con i quali una comunità sostiene ed eleva la morale corrente, e con la modifica o l'abrogazione di norme, mutano o cancellano valori caduti in desuetudine. Talora la repressione giuridica agisce su norme che tutelano valori ancora vitali col

77 Su questa interessante tematica cfr.: M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, 2002, pp. 10-402; S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, Milano, 2004, pp. 9-176; A. Porciello, *Diritto decisione giustificazione. Tra etiche procedurali e valori sostanziali*, Torino, 2005, pp. XII ss.; P. Perlingieri, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. XIV ss.; N. Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004, pp. 12-218; F. Bonsignori, *Diritto, valori, responsabilità*, Torino, 1997, pp. VIII-184; U. Cerroni, *Regole e valori nella democrazia. Stato di diritto, Stato sociale, Stato di cultura*, Roma, 1996, pp. 21-272; G. Carcaterra, *Lezioni di filosofia del diritto. Norme giuridiche e valori etici*, Roma, 1992, pp. 15-248; B. Romano, *Filosofia del diritto e questione dello spirito*, Torino, 2007, pp. 1-80; S. Zamagni - M. Nicoletti - F. D'Agostino, *Persona e politica. Per la costruzione di un nuovo ethos*, Rimini, 2007, pp. 11-144; B. Montanari, *Itinerario di filosofia del diritto*, Padova, 1999, p. XVI ss.

78 G. Capozzi, *Forze, leggi e poteri*, Napoli, 1998, pp. 111-125.

rischio che si smarrisca il senso della loro importanza e della loro natura morale. Tuttavia, nel momento in cui il diritto si confronta con la morale consolidata in simili battaglie, ne consegue in genere una sconfitta 'giuridica', e avviene che la norma morale continui a vigere accanto alla norma giuridica comandando ciò che essa proibisce. Dunque, per tornare al quesito posto da Hart in apertura di *Diritto, morale e libertà*, mentre non ci sono dubbi che la morale influenzi e modifichi il diritto, "sulla base del riconoscimento dell'etica come fonte immanente di diritto positivo"<sup>79</sup>, non è sicuro che un provvedimento giuridico riesca a produrre un mutamento nella morale.

### 6.3. LA PRESENZA DELLA MENS REA QUALE ELEMENTO DI RESPONSABILITÀ PENALE

Venendo ad illustrare la terza caratteristica delle norme o dei criteri morali, ovvero il *carattere volontario dei crimini morali*, si può partire dall'affermazione che la morale si occupa solo di ciò che è *interno* all'animo dell'uomo, mentre il diritto si interessa solo del suo comportamento *esterno*, sebbene il *carattere interno* della morale non significhi che essa non sia una forma di controllo della condotta esterna. Ma se «una persona un cui atto, giudicato *ab extra*, ha offeso le norme o i principi morali, riesce a di-

mostrare di aver compiuto questa azione non intenzionalmente e nonostante ogni precauzione che le sia stato possibile prendere, essa è esclusa dalla responsabilità morale, e rimproverarla in queste circostanze sarebbe esso stesso un atto moralmente discutibile. Viene perciò escluso ogni rimprovero morale perché essa ha fatto tutto ciò che poteva. In ogni ordinamento giuridico progredito la stessa cosa è vera, fino a un certo punto: infatti la generale esigenza della presenza della *mens rea* è un elemento della responsabilità penale destinata a garantire che coloro i quali compiono un reato senza colpa, senza dolo, o in condizioni di mancanza della capacità fisica e mentale di osservare la legge, siano scusati. Se un ordinamento giuridico non contenesse queste disposizioni sarebbe assoggettabile a una seria condanna morale»<sup>80</sup>. Ma è possibile che un ordinamento giuridico si rifiuti di ritenere i difetti *della volontà* distinti dai difetti *dell'intelletto*, limitando le discriminanti alla mancanza di intenzione o ai difetti di conoscenza, e che proceda ad esaminare l'effettivo stato o capacità mentale dei presunti colpevoli rifacendosi a *prove oggettive* in grado di dimostrare che l'individuo accusato di un reato sia capace dell'autocontrollo tipico di una persona normale o *ragionevole*. Ancor più, è possibile che l'ordinamento giuridico, per certi tipi di reati, stabilisca una *responsabilità oggettiva* rendendo la responsabilità completamente indipendente dalla *mens rea*, fatta salva l'esigenza minima che l'attore del reato possieda il normale controllo del proprio corpo. La responsabilità

79 Su questi argomenti cfr.: M. Fracanzani, *Adolfo Ravà. Fra tecnica del diritto ed etica dello Stato*, Napoli, 1998, pp. 10-360; G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 33-160; R.M. Pizzorni, *Diritto, etica e religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2006, p. 21 ss.; A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. VII ss.; Id., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano 2008, pp. XXX-516; G. Capozzi, *La mediazione come divenire e come relazione. Etica e diritto nella prospettiva dell'immanentismo*, Napoli, 1961, p. XVI ss.; G. Vattimo, *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Milano, 2003, pp. 11-159; C.S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, ed. it. a cura di M. La Torre, Milano, 1999, pp. XXIII-212; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2008, p. XIV ss.; M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Firenze, 2000, pp. 14-480; L. Palazzani, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996, pp. 31-312; V. Frosini, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Milano, 1986, pp. 13-218. Cfr. il mio saggio *La questione della centralità dei valori nella scienza giuridica*, cit., p. 15.

80 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 208. Il diritto continentale, scrive Ross, normalmente «distingue tra colpevolezza ed imputabilità, mentre i Paesi di 'common law' usano raccoglierle sotto l'unico termine di 'mens rea'. Il requisito della colpevolezza presuppone che la violazione sia stata compiuta in certe condizioni psichiche che attengono alla volontà e all'intelletto del reo e che in modo particolare ricollegano l'atto a quello e non a delle circostanze casuali. Di regola si richiede il dolo, a volte semplicemente la colpa come condizione per infliggere una pena. Il requisito della imputabilità presuppone invece che la responsabilità cessi qualora il reo, nel momento in cui ha commesso la violazione, si trovasse in uno stato psichico diverso da quello di un individuo adulto normale». A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 31 ss.



giuridica, dunque, non viene esclusa «dalla dimostrazione del fatto che la persona accusata non ha potuto osservare la norma che ha violato: viceversa, nella morale ‘non ho potuto fare a meno’ è sempre una scusa, e l’obbligo morale sarebbe del tutto diverso da quello che è se il ‘dovere’ morale non implicasse in questo senso il ‘potere’»<sup>81</sup>. In campo giuridico, se le buone intenzioni rappresentassero una giustificazione per fare ciò che le norme proibiscono, non vi sarebbe nulla da censurare nell’azione di un uomo che uccide un altro uomo accidentalmente. Occorrerebbe valutare questo evento come l’omicidio per legittima difesa: delitto giustificato perché l’uccisione, in circostanze simili, è un tipo di condotta che l’ordinamento non previene e perfino incoraggia, benché rimanga, ovviamente, un’eccezione al generale divieto di uccidere. In ogni caso, condizione necessaria perché vi sia responsabilità morale è che l’individuo sia in grado di esercitare autocontrollo sulla sua condotta.

#### 6.4. LA COMUNICAZIONE DEI VALORI MORALI COME SCHEMI COMUNI DI COMPORTAMENTO

La quarta caratteristica essenziale delle norme o dei criteri morali, la quale ha contribuito sostanzialmente al delinarsi dell’idea che la morale riguardi solo la sfera dell’interiorità, è la caratteristica *forma di pressione* che viene esercitata in suo appoggio con proteste che mirano a risvegliare un senso di vergogna o di colpa nelle persone a cui sono rivolte. “La forma tipica di pressione consiste in richiami al rispetto per le norme, come cose importanti in sé, che si presume sia condiviso da coloro a cui ci si rivolge”<sup>82</sup>. Così la pressione sociale dovuta a deviazioni dal codice morale è esercitata comunicando insistentemente il valore di certi comportamenti e accompagnandosi talvolta a minacce di sanzioni fisiche che vanno dalle espressioni di disprezzo al rifiuto delle relazioni sociali e all’allontanamento del ‘reo’: «i solenni richiami alle prescrizioni delle norme, gli appelli alla coscienza, e la fiducia nell’azione della colpa e del rimorso, sono le forme più caratteristiche e rilevanti di pres-

81 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 209.

82 *Ibidem*, p. 210.

sione usate per il sostegno della morale sociale. [...] I principi non sostenuti in questo modo non potrebbero avere la posizione nella vita sociale e personale che è propria dell’obbligo morale»<sup>83</sup>. Anche Alf Ross, a questo proposito, sostiene che l’incremento di senso morale e il miglioramento del carattere sono conseguenze della pubblica riprovazione. La capacità propria del sistema penale, d’altro canto, consiste nell’inculcare nella popolazione «certi valori e giudizi i quali, a loro volta, si manifestano in schemi comuni di comportamento morale che rappresentano come barriere contro tendenze criminali»<sup>84</sup>.

#### 7. LA MORALITÀ CONDIVISA TRADOTTA NEL CONCETTO GENERALE DI OBBLIGO NEL PASSAGGIO DALLO STADIO PREGIURIDICO AL MONDO GIURIDICO

Dunque, per Hart, gli elementi fondamentali della moralità condivisa e accettata da una società si traducono nel concetto generale di obbligo, ovvero nelle norme primarie che impongono obblighi, le quali si distinguono da tutte le altre sia per la seria pressione sociale da cui sono sostenute, sia per il considerevole sacrificio di interessi o inclinazioni umane che l’obbedienza ad esse comporta. Superato lo stadio sociale primitivo e pregiuridico, avviene il passaggio al mondo giuridico, il quale implica che i mezzi di controllo sociale includano un ordinamento costituito anche dalle norme secondarie che conferiscono poteri (di riconoscimento, di giudizio e di mutamento). Le norme primarie che impongono obblighi, specificate dagli apparati ufficiali dell’ordinamento, vengono quindi separate dalle altre norme, che continuano ad esistere accanto a quelle<sup>85</sup>. «In tutte le comunità vi è una parziale sovrapposizione di contenuto fra obblighi giuridici e morali, benché le esigenze delle

83 *Ibidem*, p. 211.

84 A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 85-86.

85 Scrive Hart che le norme non-giuridiche possono essere distinte e classificate in modi molto diversi. «Alcune sono norme dall’ambito molto limitato che riguardano soltanto una sfera particolare di condotta (ad esempio il modo di vestire) o delle attività per le quali vi sono occasioni solo saltuarie, create deliberatamente (cerimonie e giochi)». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 199.

norme giuridiche siano più specifiche e siano circondate da eccezioni più particolareggiate delle loro corrispondenti morali»<sup>86</sup>. L'obbedienza alle norme morali e a quelle giuridiche viene considerata naturale nell'ambito sociale, e non costituisce oggetto di apprezzamento a meno che non si contraddistingua per un'eccezionale scrupolosità, indulgenza o sopportazione alle tentazioni, mentre la loro inosservanza provoca una dura riprovazione. «Gli obblighi e i doveri riconosciuti dalle norme morali di questo tipo fondamentale possono variare di società in società ed entro una singola società in tempi diversi»<sup>87</sup>, dice Hart, ma, come si è visto, ciascuna comprende obblighi e doveri essenziali per la sopravvivenza comune. Tra queste norme vi sono quelle che vietano, o almeno arginano l'uso della violenza, esigendo contegni di onestà e veridicità nelle relazioni con gli altri, e norme che proibiscono l'impossessamento o la distruzione dei beni privati. «Le norme morali e giuridiche che impongono obblighi e doveri hanno perciò notevoli somiglianze che sono sufficienti per mostrare che la loro comune terminologia non è accidentale. [...] Le norme dei due tipi sono simili nel senso che sono considerate come vincolanti indipendentemente dal consenso dell'individuo obbligato e sono sostenute da una seria pressione sociale per la conformità: l'osservanza sia delle norme giuridiche che delle norme morali è considerata non come degna di lode ma come un contributo minimo alla vita sociale che deve essere considerato naturale»<sup>88</sup>. Tale contributo 'estremamente elementare', dice Hart, deve essere soddisfatto da qualunque gruppo di esseri umani che voglia vivere insieme con la possibilità di durare a lungo. È opportuno tuttavia ricordare che l'aspetto privato della morale prevede il riconoscimento da parte di alcuni individui di ideali non condivisi necessariamente con gli altri membri della

86 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 200.

87 La diversità tra i codici morali può derivare sia dai bisogni specifici di una data società, ma anche dalla superstizione o dall'ignoranza. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 200-201.

88 *Ibidem*, p. 201.

società. Una vita può essere dominata da un orizzonte morale che trascende la moralità accettata correntemente e dal perseguimento di ideali singolari, eroici, romantici, estetici oppure dediti alla ricerca o all'astinenza. Anche in questo caso, tuttavia, si può ritenere che i valori perseguiti dagli individui siano perlomeno analoghi ad alcuni di quelli riconosciuti nella società di appartenenza<sup>89</sup>, benché si tratti di un'analogia di forma e di funzione più che di contenuto.

#### 8. RELAZIONALITÀ E CONFLITTUALITÀ INTER HOMINES: LA NECESSITÀ DELL'INTERPRETAZIONE E DELLA DECISIONE GIUDIZIALE

Il 'mondo giuridico' subisce dunque l'influenza della moralità sociale accettata convenzionalmente, il che avviene, in modo diretto ed esplicito, attraverso la legislazione, e in modo graduale e implicito, attraverso il procedimento giudiziario. Si potrebbe dire che il giurista nel contempo *conosce* e *costruisce* in base a schemi concettuali e modelli ricavati dalla moralità sociale in un momento 'fisiologico' e in un momento 'patologico' del diritto. Il momento 'fisiologico'

89 Vi sono forme di morale che si estendono al di là della morale accettata condivisa dalla società, e sono certi *ideali* morali la realizzazione dei quali non è considerata, come il dovere, una cosa ovvia, ma è un risultato che merita di essere lodato. «L'eroe e il santo sono i tipi estremi di coloro che fanno più del loro dovere. Ciò che essi fanno non è qualcosa che si può esigere da loro, come l'oggetto di un obbligo o di un dovere, e il mancato compimento di esso non è considerato illecito o meritevole di biasimo. Su di un piano inferiore a quello di un santo o di un eroe vi sono coloro che vengono riconosciuti nella società meritevoli di lode per le virtù morali che manifestano nella vita quotidiana, come il coraggio, la carità, la benevolenza, la pazienza o la castità [...]. Altre virtù morali come la temperanza, la pazienza, il coraggio o la coscienziosità sono in un certo senso sussidiarie: esse sono qualità del carattere che si manifestano in una devozione eccezionale al dovere o nella ricerca di ideali morali sostanziali di fronte a una speciale tentazione o pericolo». Nella vita di alcuni individui, dunque, tali ideali esercitano la stessa funzione che la morale esercita nella società e il loro perseguimento è sentito come un dovere al quale altri interessi o desideri devono essere sacrificati. Le deviazioni da quegli ideali vengono 'punite' da quella stessa coscienza, da quello stesso senso di colpa e di rimorso a cui la morale sociale fa il suo principale appello. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 213-215.

del diritto riguarda la relazionalità *inter homines* nell'ambito della società e dello Stato, ed è regolata dall'attività di legislatori e organismi istituzionali. Il momento 'patologico' del diritto, viceversa, si riferisce alla conflittualità *inter homines* nell'ambito della società e dello Stato, la cui soluzione compete alle decisioni dei giudici nelle aule dei Tribunali.

Il momento dell'interpretazione, con la quale le norme generali vengono applicate ai casi particolari, si rivela fondamentale poiché, ad un attento esame, mostra di avvalersi della struttura aperta del diritto permettendo l'esercizio di un'attività creativa dei giudici che, sostiene Hart, alcuni definiscono legislativa<sup>90</sup>. Nell'atto dell'interpretazione, i giudici non sono posti di fronte all'alternativa tra una decisione cieca e arbitraria e una deduzione "meccanica" dal contenuto già determinato. La loro scelta è guidata innanzitutto dal presupposto che lo scopo delle norme da interpretare non sia volto ad attuare ingiustizie o a offendere i principi morali consolidati. La decisione giudiziale, specialmente in questioni di alta rilevanza costituzionale, implica spesso un'opzione fra diversi valori morali; i giudici devono fare una scelta che non è né arbitraria né meccanica attuando le virtù tipicamente giudiziali dell'imparzialità e della neutralità e ricorrendo a qualche principio generale attendibile come base nell'esaminare le alternative e gli interessi delle persone coinvolte. «Senza dubbio, dato che è sempre possibile una pluralità di tali principi, non si può dimostrare che una decisione sia l'unica corretta: ma essa può essere resa accettabile come il prodotto ragionato di una scelta consapevole e imparziale. In tutto questo abbiamo il 'soppesare' e l'equilibrare' caratteristici dello sforzo di rendere

90 Cfr. su questo argomento S. Bartole, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, vol. II - *L'organizzazione costituzionale*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1998, pp. 429-472; E. Buligyn, *Sentenza giudiziaria e creazione del diritto*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1967, n. 2, pp. 164-180; G.R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, in *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, a cura di M. Bessone e R. Guastini, Padova, 1995, pp. 17-36; U. Scarpelli, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in *Etica senza verità*, Bologna, 1982, pp. 251-285.

giustizia fra interessi in conflitto»<sup>91</sup>. Pur non escludendo che l'attività normativa dei giudici possa a volte essere 'automatica', cieca di fronte ai valori sociali, o non adeguatamente ragionata, questi principi sono la prova della connessione necessaria fra diritto e morale e regolano i canoni dell'interpretazione rendendo accettabili le sentenze<sup>92</sup>.

91 H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 238-239. Nell'ambito della vasta produzione letteraria sull'attività interpretativa cfr. N. MacCormick, *On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin*, in "New York University Law Review", 1983, pp. 239-258; Id., *Argumentation and Interpretation in Law*, in "Ratio Juris", 1993, pp. 1-15; M. Jori, (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Torino, 1994; A.G. Conte - R. Hilpinen - G.H. Wright (a cura di), *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden, 1977; G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984; P. Comanducci - R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, voll. I e II, Torino, 1987-1989; F. Viola, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1989, n. 66, pp. 336-356; V. Marinelli, *Il problema dell'ermeneutica giudiziaria*, in "Analisi e Diritto", 1998, Torino, 1999, pp. 145-158; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Torino, 1993; L.R. Siches, *Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretazione del diritto*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1962, n. 39, pp. 409-446; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1989; Id., *L'attività interpretativa*, in "Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza", a cura di M. Bessone e R. Guastini, Padova, 1994, pp. 3-42; Id., *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1971, pp. 1-18; J. Wroblewsky, *Teoria e ideologia dell'interpretazione*, in *Problemi di Teoria del diritto*, a cura di R. Guastini, Bologna, 1980, pp. 247-259.

92 Per un ulteriore approfondimento di questa interessante tematica cfr. P. Comanducci, *Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in *Interpretazione e diritto giudiziale*, vol. I - *Regole, metodi e modelli*, a cura di M. Bessone, Torino, 1999, pp. 47-87. Sono inoltre da rilevare i contributi di E. Bulygin, *Cognition and Interpretation of Law*, in L. Gianformaggio, S.L. Paulson (a cura di), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, pp. 85-106; T. Mazza, *Scoperta vs. Giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in "Analisi e Diritto", 1995, Torino, 1996, pp. 145-196; Id., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1995; F. Cavalla, *Retorica Processo Verità*, Padova, 2005, p. 74 ss.; C. Luzzati, *Le metafore della vaghezza*, in "Analisi e Diritto", 1999, Torino 2000, pp. 117-130; L. Gianformaggio, *La logica della scelta*, in "Rivista di Filosofia", 1969, n. 60, pp. 184-199; R. Guastini R., *In tema di ragionamento giudiziario*, in



## 9. IL GERME DELL'INIQUITÀ NELLA FORMA SEMPLICE DEL CONCETTO DI GIUSTIZIA

Occorre a questo punto completare la riflessione sul concetto di giustizia, che, nella sua forma semplice, dice Hart, si risolve nell'applicare la legge giustamente, ossia in modo che la norma generale sia applicata ad una molteplicità di casi diversi senza essere alterata da pregiudizi, interessi o capricci. Questa imparzialità è quella che i criteri procedurali, noti sia in Inghilterra che in America come principi della 'giustizia naturale', hanno lo scopo di garantire. Dire che la legge contro l'omicidio, ad esempio, è giustamente applicata, significa che essa è applicata imparzialmente a tutti coloro che hanno compiuto ciò che la legge vieta: nessun pregiudizio o interesse deve distogliere chi applica la legge dal trattare tutti i trasgressori 'in modo uguale'. Le norme devono inoltre soddisfare due condizioni: occorre che siano intelligibili, tali che la maggior parte delle persone sia in grado di obbedirle, e che non siano retroattive, se non eccezionalmente, perché si abbia la certezza che la maggior parte di coloro che saranno sottoposti a sanzione per la violazione di una norma siano stati precedentemente posti in condizione di obbedire. Pertanto i principi processuali, quale quello che predica: '*audi alteram partem*' - ovvero 'nessuno deve essere giudice in causa propria' - sono reputati elementi fondamentali di giustizia, garanzia di imparzialità e di obiettività<sup>93</sup>. Tuttavia il concetto di giustizia non può risolversi esclusivamente nell'applicare la legge in modo conforme. Rispondendo alle esigenze di una giustizia che i giuristi chiamano principi di legalità o di "moralità interna del diritto", infatti, anche leggi abomi-

nevoli possono venire giustamente applicate, conseguendo, nella mera attuazione di una norma giuridica generale, il germe di una giustizia che riduce la connessione tra diritto e morale ad una iniquità. Da questo punto di vista, una legge ingiusta che proibisca l'ingresso nei parchi alle persone di colore, ad esempio, sarebbe giustamente applicata quando risultino punite in base ad essa soltanto persone «realmente colpevoli di aver violato la legge, e soltanto dopo un regolare processo»<sup>94</sup>.

Gravi problemi teorici e morali vengono sollevati dall'esistenza di leggi particolari che, sebbene siano moralmente inique, emanate nelle forme legittime, conservano tuttavia un significato chiaro, e perciò esaudiscono tutti i criteri di validità di un ordinamento giuridico. E benché possa apparire una soluzione efficace sostenere che provvedimenti che impongono o permettono delle iniquità non debbano essere riconosciuti validi e possedere la qualità di leggi - anche se l'ordinamento nel quale sono stati emanati non riconosce alcun limite alla competenza del potere legislativo - in realtà, secondo Hart, tale invito genera solo confusione. Si dovrebbe affermare piuttosto: "Questa è una legge; ma è troppo iniqua per applicarla od obbedirla"<sup>95</sup>, sfruttando in tal modo «le implicazioni morali nascoste nella terminologia giuridica e specialmente in parole come *jus*, *Recht*, *diritto*, *droit*, che sono cariche di elementi giusnaturalistici»<sup>96</sup>. È proprio in risposta agli enormi problemi sociali lasciati aperti dalle scelleratezze del governo nazista e dalla sua sconfitta, infatti, che le tesi giusnaturalistiche sono rinate in Germania dopo l'ultima guerra.

## 10. UN CONCETTO PIÙ AMPIO DI DIRITTO COME RIMEDIO ALLA MINACCIA DI UN POTERE INIQUO

Per quanto semplice appaia la controversia tra coloro che accettano e coloro che rifiutano la tesi che le norme moralmente inique non sono giuridiche, secondo Hart, i disputanti non sembrano avere una chiara idea del pro-

"Materiali per una storia della cultura giuridica", 1981, anno XI, n. 1, pp. 199-203; M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *La regola del caso*. "Materiali sul ragionamento giuridico", a cura di M. Bessone e R. Guastini, Padova, 1995, pp. 267-290; Id., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 2001, n. 3, pp. 665-695; J. Wroblewsky, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1967, n. 44, pp. 10-30.

93 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 188.

94 *Ibidem*, p. 189.

95 *Ibidem*, p. 242.

96 *Ibidem*.

blema. I positivisti, come Austin, Gray e Kelsen<sup>97</sup>, sostengono che le norme possano avere qualsiasi contenuto e quindi che una norma ritenuta troppo iniqua per essere obbedita sia comunque valida dal punto di vista giuridico; i loro oppositori non sono disposti a considerare tale risposta come una soluzione definitiva della questione. Di sicuro tale controversia non è fondata solo su un uso di termini più o meno appropriati di linguaggio. Ciò che è realmente in questione, secondo Hart, è la differenza tra un più ampio o un più ristretto concetto di diritto, a cui deve far seguito un modo diverso di classificare le norme che appartengono a un ordinamento giuridico<sup>98</sup>. Benché le idee abbiano la loro influenza, è poco probabile che lo sforzo di educare gli uomini all'uso «di un concetto più ristretto di validità giuridica, nel quale non vi sia posto per leggi valide ma moralmente inique, possa portare a un rafforzamento della resistenza al male, di fronte alle

97 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, London, 1863, pp. 184-85 ss.; J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York, 1909, sec. 213, p. 92: «The Law of a State or other organized body is not a ideal, but something which actually exist. It is not that which is in accordance with religion, or nature, or morality; it is not that which ought to be, but that which is»; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, p. 113: «Legal norms may have any kind of content».

98 Nessun vantaggio per lo studio del diritto come fenomeno sociale deriva dall'adozione del concetto più ristretto di diritto, dice Hart: «esso ci condurrebbe ad escludere alcune norme anche se queste manifestano tutte le altre complesse caratteristiche delle norme giuridiche. Sicuramente, nulla se non confusione deriverebbe dalla proposta di lasciare lo studio di simili norme a un'altra disciplina, e certamente né la storia né un'altra forma di studio giuridico ha trovato vantaggiosa questa soluzione. Se adottiamo il concetto più ampio di diritto, possiamo far rientrare nel suo interno lo studio di tutte le speciali caratteristiche che le leggi moralmente inique possono avere, e la reazione della società ad esse. Perciò lo studio del concetto più ristretto porta qui inevitabilmente a disperdere, con la sua confusione, il nostro sforzo di capire sia lo sviluppo sia le possibilità del metodo specifico di controllo sociale consistente in un ordinamento di norme primarie e secondarie». Cfr. la sentenza del 27 luglio 1949 dell'Oberlandsgericht Bamberg, in 5 «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 207, discussa a lungo da H.L.A. Hart, *Legal Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard L. Rev.», LXXI (1958), 598, e da L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law*, *Ibidem*, p. 630. Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 243.

minacce del potere organizzato, o a una migliore comprensione di ciò che è moralmente in gioco quando si richiede obbedienza»<sup>99</sup>. Nel momento in cui i detentori del potere ottengono la cooperazione della maggior parte dei membri della società, essi possono far uso del diritto come di uno dei principali strumenti di governo, e in ogni tempo può verificarsi l'eventualità che, giungendo al governo uomini iniqui, questi s'ingegnino ad emanare norme inique e che funzionari meticolosi provvedano ad applicarle. Affinché i membri di una società siano in grado di accorgersi di un abuso di potere da parte dei detentori del potere e dei loro funzionari, è importante che siano consapevoli che il riconoscimento della validità giuridica di una norma non è decisivo in relazione alla questione della sua obbedienza, e che, per quanto l'ordinamento ufficiale si rivesta di un alone di autorità o di 'maestà', «le sue richieste devono venire sottoposte in ultima analisi a un esame morale». Questa percezione, dice Hart, «che vi sia qualcosa al di fuori dell'ordinamento ufficiale, in riferimento al quale l'individuo deve in ultima analisi risolvere i suoi problemi di obbedienza, è mantenuta viva più probabilmente da coloro che sono abituati a pensare che le norme giuridiche possono essere inique, piuttosto che da coloro i quali pensano che nulla di iniquo possa mai avere carattere giuridico»<sup>100</sup>. È inadeguata, dunque, la posizione di un concetto di diritto limitato che decide, una volta per tutte, di non riconoscere la validità delle leggi inique. Accogliere un concetto più ampio di diritto, secondo Hart, consente di non abbassare il livello di guardia e di poter sostenere: «Questa è una legge ma iniqua», mentre negare riconoscimento giuridico alle norme inique rischia di semplificare superficialmente la diversità delle problematiche a cui esse danno origine<sup>101</sup>. Un concetto di

99 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 244.

100 *Ibidem*, p. 245.

101 Alcuni scrittori, come Bentham e Austin, i quali sostengono la distinzione tra ciò che il diritto è e ciò che dovrebbe essere, «facevano questo in parte perché pensavano che, se gli uomini non avessero mantenuto questa separazione, essi avrebbero potuto, senza contare il costo per la società, dare giudizi affrettati affermando che le leggi erano invalide e non dovevano essere obbedite.

diritto ampio è in grado di distinguere l'invalidità di una legge dalla sua immoralità, mentre un concetto di diritto ristretto, negando semplicemente validità giuridica alle norme inique, può perfino costituire un ostacolo alla comprensione della gravità delle questioni.

#### 11. LA CORRISPONDENZA DELL' ORDINAMENTO GIURIDICO CON LA MORALE

Il pensiero di Hart attorno alla questione del rapporto tra diritto e morale si può riassumere ricordando che il passaggio dalla forma semplice di società, o mondo pregiudiziale - in cui, come si è detto, le norme primarie che impongono obblighi sono i soli mezzi di controllo sociale - al mondo giuridico - con il suo potere legislativo, i suoi tribunali, i funzionari e le sanzioni pianificate - introduce notevoli vantaggi, come l'adattabilità ai mutamenti, la certezza e l'efficienza, ma comporta il rischio che il potere organizzato in modo centrale, essendo molto più efficace di un regime semplice, possa opprimere i consociati del cui appoggio sappia a fare a meno. Poiché questo rischio si è avverato nella storia, e nulla impedisce che possa avverarsi di nuovo, vi è un modo essenziale, secondo Hart, in cui il diritto *deve* conformarsi alla morale, al di là di ciò che si è presentato come il 'contenuto minimo' del diritto naturale: l'ordinamento giuridico deve fondare la sua validità giuridica su un sentimento generale di obbligo morale, ovvero sulla convinzione del valore

Ma oltre a questo pericolo di anarchia, che essi possono bene aver esagerato, vi è un'altra forma di semplificazione eccessiva. Se restringiamo il nostro punto di vista e pensiamo solo alla persona che è chiamata ad *obbedire* a norme cattive, possiamo considerare indifferente la questione se essa ritenga o meno di trovarsi di fronte a una norma 'giuridica' valida, purché ne riconosca l'iniquità morale e faccia ciò che la morale esige. Ma oltre alla questione morale dell'obbedienza ('Devo compiere questo atto cattivo?'), vi è la questione di Socrate relativa alla sottomissione: 'Devo sottomettermi alla pena prevista per la disobbedienza o sfuggirle?' Vi è anche la questione cui si trovavano di fronte i tribunali tedeschi del dopoguerra: 'Dobbiamo punire coloro i quali hanno compiuto azioni cattive, quando queste erano permesse dalle norme cattive allora in vigore?'. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 245.

morale dell'ordinamento stesso, e non "sul mero potere dell'uomo sull'uomo"<sup>102</sup>. Le leggi, alla stregua di un 'mero guscio giuridico', vanno riempite in riferimento ai valori della moralità sociale: «la responsabilità sia civile che penale per danni può venire adattata alle prevalenti concezioni sulla responsabilità morale. Nessun 'positivista' potrebbe negare che questi sono fatti, o che la stabilità degli ordinamenti giuridici dipende in parte da questi tipi di corrispondenza con la morale. Se questo è ciò che si intende per connessione necessaria fra diritto e morale, se ne deve ammettere l'esistenza»<sup>103</sup>. La morale con la quale il diritto occorre si conformi se vuole essere buono, risiede nei valori osservati dalle comunità dei consociati i cui comportamenti deve regolamentare. Se la concezione morale dei nostri tempi, come si è visto, esige che, nelle questioni fondamentali, ad ogni persona spetti un uguale trattamento, cioè che le si riservi un'uguale *considerazione e rispetto*, e che le differenze richiedano, per essere giustificate, qualcosa di più di un mero richiamo all'interesse degli altri<sup>104</sup>, è con tale concezione morale che il nostro ordinamento giuridico deve conformarsi.

102 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 236.

103 *Ibidem*, p. 237.

104 Molti tristi fatti della storia umana mostrano che, benché una società per essere vitale debba stabilire un sistema di reciproche astensioni dalla violenza, non è necessario che essa le stabilisca per tutti. Né il diritto né la moralità accettata nelle società, infatti, chiarisce Hart «hanno bisogno di estendere la loro protezione e i loro benefici minimi a tutti coloro che stanno nell'ambito della loro portata, e spesso non l'hanno fatto. Nelle società dove esiste la schiavitù, l'idea che gli schiavi sono esseri umani, e non dei meri oggetti da usarsi, può venire perduta dal gruppo dominante, e tuttavia i membri di questo possono restare assai sensibili alle reciproche pretese e interessi. Huckleberry Finn - il cui nome è titolo di una novella di Mark Twain - quando gli chiesero se lo scoppio della caldaia di un battello a vapore avesse colpito qualcuno, rispose: 'Nessuno: è rimasto ucciso un negro'. Il commento della zia Sally: 'Bene, è una fortuna, perché alle volte capita che qualcuno si faccia male', riassume l'intera moralità che ha spesso prevalso fra gli uomini. La Germania nazista e il Sud Africa offrono purtroppo esempi sgradevolmente vicini a noi nel tempo». H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 233.



## 12. LO SCOPO DELLA MORALE E DEL DIRITTO

La teoria hartiana, scrive Fuller a chiusura de' *La moralità del diritto*, prende le mosse dalla ricerca di un 'elemento centrale indiscutibile' che sostenga e incoraggi tutte le aspirazioni umane, e che il giurista e filosofo britannico sembra individuare, come si è visto, nella sopravvivenza, cioè nella volontà della maggioranza degli uomini di continuare a vivere anche a costo di 'un'orrenda miseria'. Fuller ritiene, piuttosto, che l'elemento che governa le aspirazioni degli uomini si trovi in quella capacità grazie alla quale essi hanno saputo sopravvivere sino ad oggi: comunicare con i propri simili. Solo questo può essere il principio che persegue il Diritto Naturale: conservare la capacità di comunicare. La comunicazione, infatti, è un modo di essere vivi, di ereditare lo sforzo di uomini del passato, di riconciliarsi perfino con il pensiero della morte, perché ciò che si saprà conquistare potrà arricchire la vita di chi verrà. «In competizione con altre creature, spesso più potenti di lui e talvolta dotate di sensi più acuti, l'uomo è stato sinora il vincitore. La sua vittoria è stata conseguita perché egli può acquisire e trasmettere conoscenze e perché può effettuare coscientemente e deliberatamente una coordinazione di sforzi con gli altri esseri umani»<sup>105</sup>.

Senza preferire l'una all'altra tesi, ma adottandole entrambe, si può supporre che, se nel futuro l'uomo riuscirà a sopravvivere ai pur consistenti pericoli di distruzione e di autodistruzione, probabilmente tale successo sarà attribuibile, da un lato, alla sua tenace voglia di sopravvivere, dalla quale, secondo Hart, scaturiscono gli obblighi morali e giuridici, e, dall'altro, alla sua straordinaria capacità di comunicare e comprendersi con i suoi simili, per conservare la quale, secondo Fuller, sussiste il diritto e il suo scopo sostanziale.

*Laura Zavatta è ricercatrice presso l'Università degli Studi del Sannio dove svolge attività scientifica e didattica in qualità di docente della cattedra di Filosofia del diritto e di membro del Dipartimento Pe.Me.Is.*

<sup>105</sup> L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., p. 238.