

Brought to you by:

ASTRA

FILOSOFIA DEL DIRITTO

CLMG 1° ANNO

Written by:

Beatrice Martino
Ginevra Valducci

Reviewed by:

Consuelo Rosa Chioccarelli

Find more at:

astrabocconi.it

This handout has no intention of substituting University material for what concerns exams preparation, as this is only additional material that does not grant in any way a preparation as exhaustive as the ones proposed by the University.

Questa dispensa non ha come scopo quello di sostituire il materiale di preparazione per gli esami fornito dall'Università, in quanto è pensato come materiale aggiuntivo che non garantisce una preparazione esaustiva tanto quanto il materiale consigliato dall'Università.



Sommario

FATTI BRUTIE E FATTI ISTITUZIONALI.....	3
COSTITUZIONE	4
SITUAZIONE COSTITUZIONE CON HITLER.....	5
INTRODUZIONE DIRITTO POSITIVO.....	5
POSITIVISMO E GIUSNATURALISMO.....	6
Positivismo:.....	6
Giusnaturalismo:.....	7
RIASSUNTO- giusnaturalismo.....	8
RADBRUCH:.....	9
KELSEN, “LINEAMENTI DI DOTTRINA PURA DEL DIRITTO”CAPITOLI 1,2,3,5.....	9
BIOGRAFIA.....	9
INTRODUZIONE.....	10
CAPITOLI.....	10
PREFAZIONE RENATO TREVES.....	11
CAPITOLO 1 - DIRITTO E NATURA.....	12
1. Diritto puro	12
2. Atto (fatto naturale) e significato.....	12
3. Norma come schema qualificativo.....	13
4. Validità della norma.....	13
CAPITOLO 2 - DIRITTO E MORALE	14
CAPITOLO 3 - NORME GIURIDICHE E LEGGE NATURALE.....	14
CAPITOLO 5 - L’ORDINAMENTO GIURIDICO E LA SUA COSTRUZIONE A GRADI.....	15
HERBERT HART- il concetto del diritto.....	17
PREMESSA	17
BIOGRAFIA.....	17
INTRODUZIONE.....	18
WITTGENSTEIN-ricerche filosofiche	18
INTRODUZIONE-libro	19
PRIMO CAPITOLO	20
SECONDO CAPITOLO- norme giuridiche, comandi e ordini.....	20
CAPITOLO 5- diritto come unione di norme primarie e secondarie.....	22
La regola (o norma) sociale e l’abitudine	22
regola.....	22
Il diritto internazionale.....	23
La differenza tra sentirsi obbligati e avere un obbligo.....	23
Punto di vista esterno e interno	23
Gli elementi del diritto e l’importanza delle norme secondarie	23
La norma di riconoscimento.....	24



INTRODUZIONE FILOSOFIA DEL DIRITTO

Secondo i greci lo stupore genera la filosofia, ma questo stupore è causato da un trauma. Possiamo quindi definire lo stupore come il trauma di quando si vedono le cose come sono.

Le domande sono il punto di partenza della filosofia e sono causate da un problema che poi genera un'articolazione. Lo stesso Aristotele riteneva che tutti gli uomini per natura tendessero al sapere e che questo sapere fosse causato da domande a loro volta causate da meraviglia.

Ma come nasce il diritto? O ancora meglio cos'è il diritto?

Per rispondere a quest'ultima domanda daremo due risposte che entrambe, anche se in modo diverso, hanno messo le basi del diritto.

- **Risposta 1:** il diritto è un insieme ordinato di norme giuridiche.
- **Risposta 2 (1961):** il diritto è l'unione di norme primarie e norme secondarie.

Nel 1934 Vienna era il centro del mondo occidentale, ma con la pubblicazione nel 1961 della seconda risposta il centro della cultura si sposta ad Oxford.

Possiamo quindi dire che il diritto sia qualcosa, ma che cosa?

Ci sono cose che esistono dal momento in cui noi crediamo che esistano.

Il diritto può quindi essere considerato esistente perché noi crediamo che esista. Percipire meglio questo concetto ci basta pensare ai soldi: questi sono pezzi di carta, ma assumono valore dal momento in cui noi crediamo essi abbiano un determinato valore. **Quindi come il denaro il diritto esiste dal momento in cui noi ci crediamo.**

FATTI BRUTI E FATTI ISTITUZIONALI

Searle afferma che in un certo senso ci sono cose che esistono solo perché noi crediamo che esistano. In queste cose che esistono solo perché noi crediamo che esistano c'è anche il diritto, proprio lui fa questo esempio con il diritto, sono cose che esistono solo perché tutti ci crediamo. Searle distingue i fatti istituzionali in fatti bruti,

- **I fatti istituzionali** sono quei fatti che la loro esistenza dipende da noi, richiede per la loro esistenza istituzioni umane, fatti istituiti.
- **I fatti bruti** invece non richiedono per la loro esistenza nessuna istituzione umana.

Il diritto sono fatti istituzionali. Deve la sua esistenza a una famosa credenza.

I soldi che cosa sono? È un fatto istituzionale , perché è istituzionale il suo valore, è anche un fatto bruto perché è un pezzo di carta, non dipende da cosa pensiamo. *Cos'è che dipende dalle nostre credenze?*

Il fatto che questo pezzo di carta vale 20 l'euro. Il diritto è un fatto istituzionale, non è bruto, come il denaro.

Quando vado in un bar pago il caffè con il denaro, perché il barista se lo prende? Perché credo che quel pezzo di carta vale 20 euro, è una credenza collettiva, pensa che può comprare altro , ma se tutti crediamo che in realtà sia solo un pezzo di carta esso perde il suo valore. **Si basa tutto sulla credenza.**

COSTITUZIONE

Piero Calamandrei (uno dei nostri padri costituenti nonché scrittore politico e giurista) ci dice che la nostra costituzione è in parte una realtà, ma soltanto in parte una realtà. In parte è ancora un programma, un ideale, una speranza, un impegno di lavoro da compiere è una Costituzione che apre le vie verso l'avvenire.

Fa questo discorso ad un gruppo di studenti universitari di Milano nel 1955. (la costituzione è stupenda perché viene scritta da uomini che sono usciti da una guerra) .

Afferma che c'è un mondo da fare, da edificare, sulle macerie della guerra, la costituzione è un impegno di lavoro da compiere. Bisogna farla funzionare.

La modernità è stata costruita su un passo continuo che il domani potrà essere migliore dell'oggi , che sarà migliore dell'oggi, che i nostri figli saranno meglio di noi e noi siamo meglio dei nostri padri, che ci riusciremo, ci sarà un avvenire, usciti dalla guerra il domani verrà costruito, sarà migliore dell'oggi. La credenza del progresso

Noi oggi ci crediamo meno, crediamo meno al progresso, un presente chiuso in se stesso.

"La costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va da sola da sé", abbiamo scritto la costituzione , l'abbiamo promulgata, è ora che il lavoro cominci, bisogna farla funzionare, metterla in atto.

Dice anche che **" la costituzione è un pezzo di carta che la lascio cadere e non si muove"** , ma è solo un pezzo di carta? non è solo quello, perché si muova, prenda vita, che acquisti valore, cominci a significare qualcosa, bisogna mettervi impegno, spirito, volontà, responsabilità a mantenere queste promesse, bisogna crederci, così che ottenga valore della costituzione italiana.



Quindi è sia un fatto bruto che un fatto istituzionale, quindi dipende dalle nostre credenze, quindi dipende dal fatto che noi crediamo che esista, se non ci credo più perderà valore e rimarrà solo un pezzo di carta.

SITUAZIONE COSTITUZIONE CON HITLER

Da kelsen nel 1933 , un anno prima della pubblicazione , accade che Hitler diventa cancelliere del Reich. La Germania delle due guerre è la cosiddetta repubblica di Waimar, e riesce a mettersi in piede tramite la costituzione di Waimar. Quando Hitler diventa cancelliere (terzo Reich), la costituzione la congela non viene abrogata , la sospende, la mette tra parentesi, formalmente la costituzione resta in vigore fino alla fine della seconda guerra mondiale.

Quindi questa costituzione come pezzo di carta resta comunque, ma **perde valore perché le persone non ci credono più**, perché il sistema funziona in base ad altre credenza, inizia a girare in modo diverso, **torna ad essere solo e unicamente un fatto bruto**, togliendo il fatto istituzionale, il suo valore.

Quindi è la stessa cosa per la nostra costituzione che funzionerà fino a quando noi ci crederemo, se non ci crederemo più perderà valore e tornerà pezzo di carta .

Quindi noi in questo corso parleremo di fatto istituzionale, il diritto, non di fatti bruti .

INTRODUZIONE DIRITTO POSITIVO

La filosofia fa perder tempo, lo mette tra parentesi, ci **da una pausa**, per farla funzionare la domanda è pericolosa, ci fa perder tempo.

La filosofia del diritto ci fa capire perché studiamo certe cose e non altre, che cosa studiare e che cosa no (lo spiega kelsen, cosa c'è all'interno del campo del diritto e cosa fuori, cosa sono le cose serie da studiare e cosa no) , per capire il diritto, una cosa molto semplice come questo cappello.

Quindi Kelsen analizza il diritto, e dice che l'unico diritto è quello positivo che è un diritto posto, creato, è un antefatto, *l'unico diritto è posto, ma da chi?* , ed è posto solo da chi è autorizzato a porlo, cioè dal diritto , da una norma giuridica, quindi il diritto è posto secondo le regole poste dal diritto positivo. **Quindi l'unico diritto sarà il diritto positivo, dove il diritto positivo è il diritto posto solo secondo le regole del diritto positivo.**

Il diritto non è un oggetto così semplice come un cappello, è più complesso, potrebbe far paura come un boa che ha mangiato un elefante, perché se dico il diritto positivo è un diritto posto , magari da dietro in sordina sento la parola potere, il diritto



posto da chi lo può porre di fatto, dal potere che si è affermato. Potrebbe porre fine alla violenza.

POSITIVISMO E GIUSNATURALISMO

Sono due approcci al diritto, due teorie del diritto. In realtà sono due grandi famiglie di teorie del diritto delle quali esistono tante declinazioni. Esistono quindi due modi per entrare nel mondo del diritto: il positivismo e il giusnaturalismo.

- *che cos'è il diritto?*
- *che cosa deve (o dovrebbe) essere?*

Sono due domande separate ma strettamente connesse.

Positivismo:

La differenza tra le due domande è in realtà molto semplice, una cosa è chiedersi che cosa sia il diritto, un'altra cosa è chiedersi cosa questo dovrebbe realmente essere. I positivisti credono che si debbano separare queste due domande e che si debba rispondere alla prima domanda e non alla seconda. Il compito del giurista è infatti rispondere solo alla prima domanda.

Nella grande famiglia del positivismo giuridico tutti concordano su questo aspetto e corrisponde a quello che noi facciamo nel percorso da giuristi. Il compito del giurista si riduce, però, alla sola analisi, è "semplicemente" uno scienziato, uno studioso della cosa in sé e quindi del diritto in quanto tale e non delle sue sfaccettature morali.

La seconda domanda rimane quindi estranea alla scienza del diritto per rientrare nello studio di branche come la filosofia morale o la scienza politica poiché convoca un ideale, un modello al quale il diritto aspira, andando verso un ideale di giustizia.

Nel 1832 John Austin, noto esponente del positivismo, pubblica il libro *"Delimitazione del campo della giurisprudenza"*. In questi anni Austin affronta il problema di definire i confini del sapere di una scienza e vuole definire il suo oggetto.

La differenza sta nel decidere se affrontare l'esistenza del diritto o se porsi anche delle domande sui meriti e i demeriti del diritto. Una legge che effettivamente esista è tale anche quando non ci piace o è distante dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione.

Le leggi razziali ne sono un evidente esempio, erano giuste dal punto di vista giuridico oppure no? In realtà sì, erano norme giuridiche, questo dice il positivismo,



merito o demeriti , anche se le riteniamo ingiuste, un chiaro esempio di ingiustizia manifesta.

Questo non riguarda però la scienza del diritto, basta che fossero norme giuridiche valide, promulgate quindi secondo le regole procedurali di un determinato ordinamento giuridico, a renderle giuridicamente esatte. Non ci riguarda, quindi, se la norma corrisponde a un ideale di giustizia, ma unicamente della sua esistenza.

Quindi un giurista è più un moralista, gli si chiede solo se quella legge esiste o meno, non che sia giusta o meno. Basti pensare al fatto che, se durante una lezione di diritto a Monaco nel 1937 un professore avesse messo in discussione la correttezza delle leggi razziali nessuno gli avrebbe dato ragione poichè queste tano state correttamente promulgate dall'organo incaricato.

Per i naturalisti, quindi, la seconda domanda fa parte della filosofia morale e non della giurisprudenza poichè, una norma può, come la storia dimostra, esistere in quanto tale ma essere profondamente ingiusta. L'oggetto della scienza del diritto è il diritto positivo, ossia il diritto stabilito o posto in una comunità politicamente indipendente che esprime l'attività del sovrano.

Bobbio ci dice che i naturalisti si riferiscono alla validità, ossia alla qualità di una norma che fa parte dell'ordinamento giuridico reale, e non al valore, ossia se essa è conforme al diritto ideale.

Giusnaturalismo:

I giusnaturalisti pensano invece che non si possa rispondere alla prima domanda senza rispondere anche alla seconda, ma il problema della seconda domanda sta nel fatto che essa introduca la questione della giustizia. Il giusnaturalismo ha sempre svolto un "lavoro di critica" nei confronti delle istituzioni presenti e trionfa finalmente nel '700 americano e francese dove le rivoluzioni erano basate sull'importanza del rispetto dei diritti naturali e non delle leggi positive.

Vediamo però il **trionfo del giusnaturalismo nel processo di Norimberga** dove nonostante non fosse corretto dal punto di vista del diritto positivo abbiamo visto un processo in cui coloro che erano, correttamente, ritenuti colpevoli sono stati processati e sanzionati come tali poichè era giusto così.

Da qui capiamo che il positivismo ha chiaramente dei limiti poichè considererebbe illecito un processo che ha permesso di punire coloro che hanno agito da protagonisti in uno dei fatti, se non il più crudele della storia dell'umanità.

Anche se non vi era una legge che vietasse ad Hitler di uccidere 6 milioni di persone, era chiaro che ciò non fosse lecito, talmente chiaro che non serviva metterlo per iscritto poichè, questo, andava contro i diritti naturali.



Nel 1948 per esempio viene scritto per la prima volta che tutti gli uomini sono uguali quanto tali, ma non possiamo considerare che prima di quella data chi non la pensasse così avesse ragione, è proprio qui che sta il limite del positivismo.

Al processo di Norimberga era chiaro a tutti che i processati fossero dei criminali e dei delinquenti nonostante non ci fosse ancora una legge che lo sancisse.

Quindi è realmente necessario scrivere che non bisogna gassare 6 milioni di persone?
Evidentemente si, nel 1948 quelli che sono i diritti naturali vengono messi per iscritto così da essere tutelati non solo dal buonsenso ma anche da leggi positive=> con una sanzione a conseguenza se non rispettate.

Vediamo un esempio di quello che è un po' il motto del movimento che ne accomuna tutte le future declinazioni con Tommaso D'Aquino "Lex iniusta non est lex" -> una legge ingiusta non è una legge, implica così una connessione necessaria tra diritto e giustizia dove la legge ingiusta sembra tale ma in realtà non lo è poiché contro la morale con la conseguenza che questa, se non ritenuta corretta, non vada rispettata cessando, così, di essere obbligatoria

Ciò mette però a forte rischio l'oggettività della legge, rendendo legge obbligatoria solo ciò che il singolo ritiene corretto o ciò che semplicemente non gli nuoce/ lo agevola. *Cosa possiamo considerare veramente giusto? Cos'è la giustizia?*

La sentenza di D'Aquino, quindi, va considerata nell'ottica in cui chiaramente non si può contestare ogni norma. Nel caso del processo di Norimberga vengono considerati colpevoli coloro che hanno applicato leggi emanate ma chiaramente ingiuste che quindi non erano tenuti ad applicare.

Il positivismo vede il giurista come una persona che ha ruolo descrittivo, ciò non toglie però valore alla seconda domanda che rimane semplicemente legata ad un altro ruolo. Il giurista si occupa del diritto e non della giustizia. **Il giusnaturalismo pensa invece il valore della legge entri effettivamente nel diritto.**

RIASSUNTO- giusnaturalismo

- *esistenza di un diritto meta-positivo*
- *Il diritto naturale dovrebbe costituire il modello del diritto positivo*
- *Il diritto meta-positivo o naturale va ritenuto valido anche se è privo di riconoscimento da parte del legislatore*
- *I modello ideale del diritto positivo è maggiore del diritto positivo stesso*
- *Quando il diritto positivo e quello naturale sono in contrasto a prevalere è il diritto naturale.*



RADBRUCH:

Nella vita quotidiana il valore della certezza prevale sul valore della giustizia, ossia il diritto positivo prevede su ogni possibile contestazione, a meno che il contrasto tra le legge positiva e la giustizia giunga a un grado tale di intollerabilità che la legge, in quanto diritto ingiusto, debba arretrare di fronte alla giustizia.

Esempio: le leggi razziali sono talmente ingiuste da non poter essere considerate leggi giuste nonostante fossero considerate tali.

Oltre una soglia il diritto positivo cessa di essere tale in rispetto della dignità umana. Quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata l'uguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non è soltanto "diritto ingiusto", piuttosto non è affatto diritto.

1948 - "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" -> tentativo di mettere nero su bianco i diritti naturali inviolabili dell'uomo come libertà e uguaglianza.

KELSEN, "LINEAMENTI DI DOTTRINA PURA DEL DIRITTO" CAPITOLI 1,2,3,5

BIOGRAFIA

Nasce a Praga nel 1881 e durante la sua vita insegna a Vienna diritto pubblico e in un secondo momento anche diritto internazionale.

Nel 1932 vive a Colonia e nel 1933, essendo ebreo, è costretto a lasciare la Germania. **Fugge prima a Ginevra poi in America.**

Nel 1934 a Vienna viene pubblicato il libro "Lineamenti di dottrina pura del diritto". Di questo libro ne esistono diverse versioni:

- Quella del 1934
- Quella del 1960 che ha lo stesso titolo ma molto più voluminoso

Prima di comparire a Vienna nel 1934 di questo libro viene pubblicata un'anticipazione in italiano di quello che poi sarebbe stato pubblicato a Vienna. Renato Treves, padre della sociologia italiana, raggiunge Kelsen a Colonia nel 1932 e, quando torna in Italia, riceve una busta con la bozza dell'opera di Kelsen.

Questo ci fa ben pensare Kelsen stesse già organizzando la sua fuga e che volesse farsi conoscere in Europa prima di andare via.



INTRODUZIONE

Qui lavoreremo sull'edizione di Vienna del 1934.

Il sottotitolo dell'opera è "introduzione al problema della scienza del diritto".

Questo sottotitolo è molto importante perché ci dice che il problema che qui si affronta è quello della scienza del diritto.

La giurisprudenza è una scienza oppure no?

Il diritto può essere oggetto di analisi scientifica?

Questo è il problema che Kelsen si pone; si chiede inoltre anche di quale oggetto si deve occupare e secondo quale modalità.

Il problema di questo libro è epistemologico, ossia è un libro che si occupa della teoria della scienza del diritto. Lui non vuole definire l'essenza del diritto ma vuole parlarne come conoscenza scientifica.

Importante è anche analizzare la parola "pura" nel titolo -> posso purificare la dottrina del diritto ossia il modo in cui ne parlo. Non parla infatti di purificare il diritto ma di purificare il modo in cui si guarda il diritto e di cui se ne parla.

Questo aggettivo ci fa presupporre che la dottrina del diritto non fosse pura e che quindi avesse bisogno del libro di Kelsen. Kelsen vuole infatti togliere ciò che fa sporca la dottrina e decide di mettere ordine analizzando in modo purificato.

CAPITOLI

Nei primi due capitoli pulisce ed estromette dal campo delle giurisprudenza tutte le cose che rischiano di confonderci le idee come la natura e la morale. Dopo aver estromesso questa parte, si riesce ad introdurre la definizione di diritto. Dobbiamo quindi allontanarci dalla domanda "Come dovrebbe essere il diritto?".

- **PRIMO CAPITOLO:** Diritto e Natura, non si parla di natura perché il diritto non è natura.
- **SECONDO CAPITOLO:** Diritto e Morale, non si parla di giustizia perché non entrare nel diritto. Ricordiamo infatti che Kelsen è positivista e che quindi questo titolo è particolarmente coerente con la sua posizione.
- **TERZO CAPITOLO:** Il concetto di diritto e la dottrina della proposizione giuridica
- **QUINTO CAPITOLO:** Ordinamento giuridico e la sua costruzione a gradi



PREFAZIONE RENATO TREVES

Le prime pagine del libro sono dedicate alla voce di Treves che, facendoci un quadro storico e un breve riassunto dell'incontro con Kelsen, ci racconta la non facile storia della pubblicazione di questo libro anche in lingua italiana.

Dobbiamo aspettare la caduta del fascismo per ottenere la pubblicazione della traduzione dell'edizione tedesca de "La dottrina pura del diritto" del 1934 da parte dell'editore Einaudi.

Siamo infatti nel 1952 quando apparve la traduzione nel nostro paese. È chiaro quindi che le traduzioni di Kelsen ci siano giunte un po' in ritardo rispetto al momento di massimo successo dell'autore: siamo agli inizi degli anni '50.

Treves ci riassume anche l'obiettivo che Kelsen si pone nel libro dicendo *"La scienza del diritto cerca soltanto di conoscere il diritto esistente, il diritto valido, senza porsi lo scopo di legittimarlo come giusto o di qualificarlo come ingiusto in base a una determinata ideologia"*.

Kelsen, che ad esempio esclude completamente la politica dalla scienza del diritto, non ci dice che questa sia sbagliata, anzi, ci dice però che l'errore sta nell'unione di quest'ultima con la scienza del diritto.

Il diritto positivo quindi deve avere come base il concetto di validità e non quello di valore ed è proprio dalla mancanza di questa divisione che secondo Kelsen nascono le pretese dei giusnaturalisti di sostituire il diritto positivo con quello naturale.

Treves ci pone davanti anche ad un altro problema: il progredire della teoria del diritto e la possibilità di trovare con il tempo delle incongruenze nella teoria di Kelsen.

I più recenti sviluppi, come i testi di Alf Ross e Herbert Hart, trovano la necessità di superare talvolta Kelsen ma facendoci sempre ricordare come sia necessario studiare l'opera di Kelsen, considerata quindi attualmente imperfetta, come in realtà potremmo definire tutto ciò che è fatto dall'uomo, per capire anche gli indirizzi più moderni.



CAPITOLO 1 - DIRITTO E NATURA

Perché è così difficile definire il diritto come oggetto di scienza?

1. Diritto puro

La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo e quindi non è diritto naturale. **Kelsen qui ci sottolinea che non parlerà dell'ordinamento giuridico di alcun paese** ma ci dice che parlerà di quello che accomuna ogni ordinamento giuridico, ciò il motivo per cui l'ordinamento giuridico si chiama nel medesimo modo in ogni paese anche se diversi. Il concetto di diritto serve a unificare la molteplicità degli ordinamenti giuridici riconducendo a unità, poiché, anche se tutti diversi, sono tutti ordinamenti giuridici.

È necessario quindi isolare le somiglianze tra tutti gli ordinamenti giuridici per rendere lo studio del diritto oggettivo e materia scientifica. Stesso vale per il concetto di essere umano e gli esseri umani: non siamo tutti fotocopie degli altri ma siamo accomunati dalla specificazione del concetto di essere umano. Qui non troveremo l'analisi dei singoli ordinamenti, come quindi nemmeno la descrizione precisa di ogni singolo individuo. La dottrina pura del diritto è una teoria e in quanto tale vuole conoscere il suo oggetto e per questo viene definita pura. Essa cerca di rispondere alla domanda: *cosa e come è il diritto?* Vogliamo qui descrivere e conoscere il diritto positivo ma non valutarlo né mi chiederci come dovrebbe essere. Di come deve o dovrebbe essere il diritto se ne occupa la politica, non noi che dobbiamo capire e studiare le norme. **Purificare la dottrina vuol dire eliminare dal campo gli elementi che ne sono estranei.**

2. Atto (fatto naturale) e significato

Qui si studiano significati giuridici delimitandoli e definendoli. Se inizio ad occuparmi di fatti il tutto si riduce ad una normale scienza della natura. Il diritto è un fenomeno sociale e la società è una cosa diversa dalla natura. Se vogliamo custodire la scienza del diritto, il diritto deve essere staccato il più chiaramente possibile dalla natura. Analizzando un qualsiasi fatto considerato come diritto si identificano due elementi:

- atto
- significato

Per comprendere meglio questa distinzione possiamo pensare al fatto che si attribuisce un significato giuridico ad un fatto soltanto perché esiste una norma che collega il verificarsi di esso ad una conseguenza giuridica. Il fatto di cagionare la vita di un uomo non ha alcun significato se non esiste una norma che regoli quella fattispecie. Nel corso della laurea di giurisprudenza,



infatti, non studieremo fatti, ma norme, quindi non studieremo la morte di una persona, ma studieremo la norma, la qualificazione giuridica che lo regola.

Quando iniziamo a studiare fatti usciamo fuori dalla scienza del diritto, il fatto in sé non è nulla di giuridico. Lo diventa però solo se gli attribuiamo il significato giuridico, in assenza di tale ogni norma è irrilevante. Possiamo dire che la validità di una norma coincide con la sua esistenza, per essere una norma valida deve esistere.

3. Norma come schema qualificativo

La norma è uno schema qualificativo, ma cosa vuol dire?

La norma giuridica è appunto uno schema, uno strumento, un mezzo, e ci consente di attribuire significato giuridico a un determinato fatto.

Dire che la norma giuridica è uno schema qualificativo è dire che la funzione giuridica della norma è quella di attribuire (do al fatto qualcosa che il fatto non ha) un significato giuridico al fatto. La validità di una norma coincide con la sua esistenza. per essere una norma valida deve esistere. Per Kelsen una norma è valida, cioè conforme secondo la forma prescritta da una norma superiore.

Dobbiamo poi distinguere anche l'atto con cui è stata stabilita la norma dalla norma stessa: esse infatti si differenziano perché la norma non sta nel tempo e nello spazio in cui si trova l'atto, proprio perché non è un fatto naturale.

4. Validità della norma

La validità di queste norme però, regolando i comportamenti umani in generale, ha una validità spaziale e temporale in quanto queste norme hanno per contenuto fatti spaziali e temporali. Questi valori di spazio-tempo della norma costituiscono la sfera di validità della norma stessa, una sfera che può essere limitata, ma anche illimitata. *Cosa non cambia del diritto?* Lui isola la norma giuridica, qualunque norma giuridica, in qualunque tempo e spazio, sia essa una norma giuridica scritta nel codice civile francese o italiano una norma nel codice italiano vigente o nel codice romano, qualunque norma giuridica, dov'è c'è una norma giuridica c'è uno schema di qualificazione.

La conoscenza giuridica su cui si basano le norme è quindi rivolta esclusivamente alle norme. Il diritto è quindi un qualcosa che cambia continuamente, posso però descrivere minuziosamente l'ordinamento giuridico attuale. Quello che non cambia è il concetto di diritto. Infatti ciò che accomuna ogni ordinamento giuridico è la presenza di una struttura che attribuisce un significato giuridico ai fatti.



CAPITOLO 2 - DIRITTO E MORALE

Nel secondo capitolo estromette dal campo del diritto la morale e si sofferma sulla **distinzione tra diritto e morale**. Estromettere i valori dai confini della scienza del diritto è fondamentale perché la giustizia non è in alcun modo determinabile dalla conoscenza razionale e quindi dalla dottrina pura del diritto.

Nel tempo le nostre opinioni cambiano e possono essere diverse, perciò non possono essere oggetto di analisi scientifica. Per Kelsen i giudizi morali sono analoghi ai giudizi di giusto, come giudicare una persona se gli piace o no.

I giudizi quindi non possono essere considerati qualcosa di assoluto e non posso rispondere razionalmente alla domanda “*cos'è la giustizia?*”. Il valore della giustizia non è determinabile razionalmente, quindi devo staccare il diritto dalla giustizia, altrimenti viene a meno la possibilità di fondare una scienza ed è il diritto rimane unanarrazione. **La dottrina pure del diritto non può quindi basarsi su giudizi personali**, ma su norme che sono imperativi e a cui corrisponde una sanzione.

La norma giuridica è un giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata. La norma morale invece è un imperativo come ad esempio non uccidere. **La dottrina pura del diritto si rifiuta di valutare il diritto positivo** e rinnega tutte le radici ideologiche che si manifestano consapevolmente e inconsapevolmente.

CAPITOLO 3 - NORME GIURIDICHE E LEGGE NATURALE

La norma giuridica è formata da due parti:

- il precetto o norma primaria, ossia l'indicazione su come mi devo comportare.
- la norma secondaria, ossia la conseguenza della violazione del precetto.

La sanzione viene prima del precetto. La norma che ordina il comportamento che evita la sanzione può essere una conseguenza logica solo della norma primaria.

La forma delle norme giuridiche somiglia più alle leggi di natura che ad una legge morale e la legge di natura connette un determinato fatto come causa ad un altro come effetto. Così fa anche la norma giuridica che connette un fatto con la sua conseguenza. **Entrambe hanno la struttura “se ... allora”**.

Secondo la legge giuridica, se c'è A deve esserci B, senza che, con ciò, essa dica nulla del valore morale o politico di questo rapporto.



La volontà collega ad un determinato fatto una determinata conseguenza: il legislatore ha deciso per esempio che per l'uccisione di un uomo c'è una determinata conseguenza e ciò non è nel campo della natura.

Quindi anche se troviamo un medesimo principio la differenza principale sta proprio nella volontà. La nostra volontà non ha però lo stesso valore di quella del legislatore, perché non siamo un organo competente e perché non c'è una norma che ci ha attribuito questa competenza.

La differenza tra una legge di natura e una legge giuridica è la sanzione, che, per Kelsen, viene prima del precetto ed è quindi una norma secondaria. La norma secondaria diviene quindi cosa devo fare per evitare la sanzione, qui intesa come norma primaria. Possiamo quindi affermare che senza la sanzione, la legge sarebbe completamente irrilevante a livello giuridico.

La legge naturale quindi collega fatti bruti, mentre la norma giuridica collega la condizione con una conseguenza. Le leggi naturali sono sempre nel piano della necessità (l'acqua se viene portata a 100 gradi allora bolle), mentre le leggi giuridiche sono nel piano della possibilità (se uccido un uomo posso andare in prigione). Entrambi sono giudizi ipotetici, ma solo le leggi naturali sono un rapporto di causa-effetto.

I confini del diritto si trovano dove si raggiunge ciò che non possiamo fare, infatti non ci sono leggi su azioni che non siamo in grado di fare. Il dovere e la norma sono quindi riferite alle autorità, il cui compito è quello di applicare la norma.

CAPITOLO 5 - L'ORDINAMENTO GIURIDICO E LA SUA COSTRUZIONE A GRADI

In questo Kelsen fa riferimento ad un discorso sull'ordinamento e sulla norma in questo contesto. La validità di una norma corrisponde quindi alla sua esistenza nell'ordinamento. *Ma cos'è un ordinamento giuridico?*

È un sistema di norme e una norma è **valida quando è posta conformemente a una norma superiore.** Il criterio di collegamento è una norma fondamentale a cui le altre sono fortemente collegate.

Ma per Kelsen la **norma fondamentale del nostro ordinamento giuridico non è la costituzione** perché la validità di essa dipenda anch'essa da una norma fondamentale. La norma fondamentale è infatti ciò che collega le norme ed è la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico.

A fondamento dell'ordinamento giuridico c'è una regola di produzione o forma e non di contenuto. La norma fondamentale ha un carattere dinamico, perché entra in



gioco un procedimento di produzione delle norme senza il quale il diritto positivo non esisterebbe, e formale.

Una sentenza è valida come parte di un ordinamento giuridico, ciò ottiene valore giuridico, perché è stata prodotta tramite una norma superiore come il codice penale e quello civile. Questi ultimi però sono stati posti da essere umani che a loro volta hanno basato queste norme su ordini superiori.

Questa norma fondamentale, che prende il nome di **GRUNDNORM**, è il fondamento comune a tutte le norme dell'ordinamento. Alla base dell'ordinamento giuridico troviamo quindi il presupposto fondamentale che non può essere posto come le altre norme, dovremmo cercare un'altra norma su cui a sua volta si basi. La grundnorm deve essere presupposta e non posta.

Ma per quale motivo Kelsen non considera la costituzione come norma fondamentale?

Alla costituzione viene conferita validità dalle persone che hanno vinto la guerra e che nel 1948 hanno rappresentato la volontà collettiva di un popolo che ha vinto una guerra. Quindi possiamo dire che alla base dell'ordinamento ci sono fatti? Cadrebbe così la purezza della dottrina facendo venire a meno la separazione tra fatti e norme.

Non possiamo quindi considerare la costituzione la norma fondamentale proprio per questo motivo. C'è però chi potrebbe dire che la costituzione è la base dei valori, ma anche in questo caso andremmo fuori strada perché ci avvicineremo molto al giusnaturalismo che confonde diritto e morale.

La risposta finale che ci porta a trovare la base dell'ordinamento sta proprio nella parola scienza del diritto che ha come base le norme. Sarà quindi una norma che contiene il potere la norma fondamentale.

Norma fondamentale (groundnorm) = norma presupposta della scienza del diritto da cui parte tutta la conoscenza del diritto -> è presupposta non posta!

Questa norma non vale come norma giuridica positiva perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto.

La norma fondamentale non vuole inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza, ma vuole dare conoscenza di ciò che tutti i giuristi fanno per lo più incoscientemente quando, comprendendo il loro diritto, non pensano al fatto che il diritto naturale si fonda sul diritto positivo.

Se non presupponessi l'esistenza della norma che rende valida la costituzione, non ci sarebbe autonomia tra diritto e morale, se non presupponessi la presenza di una norma alla base dell'ordinamento giuridico non avremmo la possibilità di creare una scienza dell'ordinamento giuridico.



A livello del fondamento il contenuto della norma fondamentale è il fatto del potere, cioè il potere costituito.

I giuristi poi rivestono il diritto di una forma giuridica e nel momento in cui questi giuristi fanno ciò viene presupposta una nuova norma fondamentale. Sul piano logico della scienza del diritto la norma fondamentale è presupposta, cioè viene prima, anche sul piano dei fatti viene prima il potere poi il diritto.

Il diritto serve ad ordinare il nuovo potere e ci consente di sapere chi può legittimamente usare la forza. Il diritto è la regola sull'uso della forza.

HERBERT HART- il concetto del diritto

PREMESSA

Nel 1960 il centro culturale risulta non essere più Vienna ma Londra. Si inizia a costruire il mondo seguendo i principi suggeriti dalla lingua inglese e non più da quella tedesca. Il libro che Hart ci presenta non segue quindi un ordine preciso e schematico ed è, di conseguenza, complesso da riassumere in definizioni, per comprendere Hart è quindi necessario lasciarsi trascinare e travolgere dalle sue riflessioni fino alla fine.

Quali siano le **condizioni dell'esistenza sociale** è una delle questioni maggiormente affrontate da Hart che in seguito andrà a trovare anche quello che risulta essere il fondamento dell'ordinamento giuridico in una norma, **detta di riconoscimento**.

Nel suo libro Hart si porrà come obiettivo quello di promuovere la comprensione del diritto, della coercizione e della morale come fenomeni sociali differenti ma strettamente connessi.

Qui vediamo che Hart si distacca da Kelsen che invece li considerava concetti profondamente diversi e separati.

BIOGRAFIA

Herbert Hart nasce in Inghilterra nel 1907 e concentra la sua attenzione su studi classici e filosofici, diventando, **nel 1932, avvocato**, professione che abbandonerà allo scoppio della seconda guerra mondiale per entrare a **far parte dei servizi segreti britannici**



Al termine del conflitto mondiale non ritrovando la passione che lo legava alla professione giuridica comincia a lavorare come docente ad Oxford dove si tratterà fino al 1968.

Nel 1961 pubblica il **“concetto del diritto”**, libro molto importante poichè va a **prendere il posto de “la dottrina pura del diritto” di Kelsen** che, fino a quel momento, aveva rappresentato il punto di riferimento della prima metà del '900.

Ciò che rende così **fondamentale e innovativa** l'opera di Hart è il fatto che, la parte più importante risulta essere il percorso attraverso cui lui affronta le problematiche e le tematiche e, conseguentemente, il punto di arrivo, la fine passa in secondo piano.

INTRODUZIONE

Per Hart la **sanzione**, all'interno dell'ordinamento giuridico, è un fenomeno si presente e legato a quest'ultimo ma che non risulta essere fondamentale poichè, un sistema giuridico realmente valido e funzionante non può basarsi solo sul semplice concetto di paura in correlazione ad una punizione, sanzione.

Pensa inoltre che **non sia corretto andare nei tribunali per osservare il diritto** poichè, questi, ne rappresentano la patologia, il mancato funzionamento e non il concetto, di conseguenza suggerisce che, per osservare tale fenomeno nel pieno del suo funzionamento, **bisogna osservarlo al di fuori di questi ultimi.**

Prosegue entrando nel mondo della regola ponendo la differenza tra il concetto di avere l'obbligo ed essere obbligati a fare qualcosa, andando poi a chiedersi cosa sia in realtà la norma sociale, prima ancora di riflettere sul concetto di norma giuridica. Possiamo quindi considerare quest'opera come un saggio di sociologia descrittiva.

WITTGENSTEIN-ricerche filosofiche

Uno dei compiti più importanti della filosofia è l'analisi del linguaggio, e non del mero significato delle cose, dice Hart riprendendo Wittgenstein. I problemi filosofici per lui nascono quando non viene usato il linguaggio in modo corretto.

Il confine è quindi tra quello che si può e che non si può dire, secondo Wittgenstein rientrano tutti quegli argomenti di cui non si è in grado di parlare chiaramente, sui quali è di conseguenza meglio tacere. **Il significato di una parola risiede quindi nel suo uso nel linguaggio.**

Questo si ricollega ad Hart poichè il compito che lui stesso si pone è quello di capire il linguaggio, “tenendo i piedi per terra” e capendo come funzionano le cose nel concreto e non nella loro astrazione.



INTRODUZIONE-libro

La prima parte del libro si concentra sullo smontare l'imperativismo di Austin, dove per imperativismo si intende l'idea secondo la quale il diritto sostanzialmente sia una serie di comandi e ordini sostenuti da minacce che ne permettono il funzionamento.

Premettiamo che per leggere e comprendere correttamente questo libro bisogna abbandonare gli occhi con cui si ha letto quello di Kelsen, considerando che questo ha al suo interno il pensiero kantiano, il forte interesse per le definizioni, essendo deontico, mentre Hart se proprio vogliamo riportarlo a qualche filosofo che abbiamo già visto potremmo ricondurlo, alla lontana, ad Aristotele.

Platone come Kelsen punta il dito verso l'alto, verso l'astratto, l'universale del diritto mentre Hart, come Aristotele, guarda in basso, al funzionamento concreto di quest'ultimo.

Tra i due filosofi, Kelsen e Hart, troviamo una **lieve somiglianza**, però, nel capitolo 5 in cui Hart scrive del diritto come di un'unione tra norme primarie e secondarie, in questo capitolo libera il campo da diversi equivoci, prendendo le distanze da una posizione "popolare" ad Oxford in quel periodo.

"Ma quindi cos'è il diritto per Hart?" Il filosofo nella sua risposta a questa domanda critica chi afferma che sia la predizione di ciò che farà la corte, il realismo giuridico di Bobbio, infatti, sostiene che possa essere considerato tale solo il diritto inteso come l'insieme delle norme emanate dai legislatori e l'attività dal giudice.

Per Hart quando ti chiedi cosa sia il diritto lo fai per rispondere ad altre tre domande fondamentali, i tre problemi ricorrenti:

- *"in cosa il diritto differisce dagli ordini sostenuti da minacce e in che cosa è adesso connesso?"* (critica a Austin)
- *"come differisce l'obbligo giuridico dall'obbligo morale e qual è la loro connessione?"*
- *"che cosa sono le norme e in che misura il diritto è questione di norme?"*

Per Austin ogni legge o regola è comando, *"possiamo quindi considerare il diritto come un insieme di ordini sostenuti da minacce?"*, sostiene inoltre che sia normale che un potere riceva obbedienza.

Ciò per Hart non può però funzionare e il motivo principale di ciò è che i concetti di ordine, obbedienza e abitudine non possono includere la nozione di norma, ad Austin infatti, manca la definizione che Hart ha di norma, che secondo lui sta proprio alla base del diritto.



Proseguendo a livello pratico, perchè mai dovrebbe fermare la sua riflessione e quindi riferirsi solo all'uomo cattivo e non ha quello perplesso e ignorante, secondolui possiamo quindi andare nei tribunale per osservare e conoscere il diritto, essendo consapevoli però che non ci sia solo quello da sapere e che ciò che risiede lì del diritto ne rappresenti solo una parte, l'amministrazione e applicazione delle sanzioni.

PRIMO CAPITOLO

Come titolo di un paragrafo del primo capitolo troviamo "3 problemi ricorrenti", in questo capitolo Hart si chiede il perché del fatto che i giuristi si chiedano cos'è il diritto, è una domanda strana, non si è mai sentito un medico che si chiede che cos'è la medicina.

Tutti abbiamo un'idea di cosa sia il diritto, quindi perché anche i filosofi se lo chiedono e passano anni a lavorarci? La risposta è in realtà abbastanza semplice: ce lo chiediamo perché vogliamo sapere qualcosa di diverso rispetto alle cose bizzarre che sono state dette a riguardo poiché, all'interno di questa singola domanda ce ne sono tre, tre problemi fondamentali di cui Hart tratta, appunto in questo capitolo:

- *"in cosa il diritto differisce dagli ordini sostenuti da minacce e in che cosa è adesso connesso?"* (critica a Austin)
- *"come differisce l'obbligo giuridico dall'obbligo morale e qual è la loro connessione?"*
- *"che cosa sono le norme e in che misura il diritto è questione di norme?"*

La prima e la terza questione sono in parte collegate. Nella prima parte Hart fa un lavoro all'interno dell'imperativismo di Austin per vedere se riesce a reggere, per poi notare che ciò non funzionava e quindi porre, dal quarto capitolo, un nuovo punto di partenza.

SECONDO CAPITOLO- norme giuridiche, comandi e ordini

La tematica principale del secondo capitolo risulta essere il concetto di obbligo. Hart qui tenta di andare ad isolare quella che è l'idea di ordine dal concetto di comando, andando a criticare l'imperativismo di Austin. Il fallimento di questo sta nella mancanza del concetto di norma che impedisce ogni discussione riguardante il diritto.

Bisogna quindi introdurre, per superare il concetto di imperativismo, il concetto di regola e rimarcare il fatto che c'è una differenza sostanziale tra essere obbligati e avere un obbligo.



La differenza, tra le due, sta nel fatto che ciò che rende tale un ordine è la presenza di una minaccia seria che renda preferibile seguire la regola, secondo l'imperativismo questa dovrebbe essere la situazione tipica.

Hart va quindi a criticare l'imperativismo di Austin. Quando parliamo di un ordine, solitamente, consideriamo implicita la presenza di un qualche diritto che ci conferisca l'autorità di dare ordini. “Gli ordini possono essere solo sostenuti da minacce o possono anche essere coattivi?”

La risposta fornitaci da Hart è no, gli ordini possono solo essere sostenuti da minacce, non hanno quindi forza coattiva, non hanno il potere di obbligare i recalcitranti a rispettarli se non con l'aggiunta di una minaccia di sanzione.

Nel secondo paragrafo del capitolo Hart comincia a testare la definizione di diritto, utilizzando l'esempio del bandito che mi obbliga a dargli i soldi minacciando di spararmi se non lo faccio. In questo modello mi sento obbligato a fare quello che mi viene detto solo nel momento in cui lui ha la pistola puntata verso di me e di conseguenza non mi sento più obbligato quando se ne va.

“Il sovrano è quindi come un grande bandito?” Nel rispondere a questa domanda Hart tenta, inutilmente, di salvare l'imperativismo poiché manca il concetto di regola.

CAPITOLO 3- diritto al di fuori dei tribunali

Nel terzo capitolo Hart afferma che sia impossibile comprendere a fondo il diritto trascurando il fatto che esistono norme al suo interno che non impongono obblighi, quindi norme secondarie, ma che invece attribuiscono potere.

Tutte le norme sono la rappresentazione della volontà di qualcuno, ma oltre a queste esistono anche le norme consuetudinarie, ciò significa che non tutte le norme vengono emanate, alcune vengono semplicemente tramandate.

Considerando invece le norme giuridiche, queste non sono necessariamente ordini rivolti solo agli altri e che escludono quindi chi le emana, esistono anche comandi secondari che attribuiscono potere sia ai pubblici che ai privati.

Proseguendo Hart va a delineare il concetto di comportamento obbligatorio che è tale solo nel caso in cui sia presente il diritto, quindi nel caso in cui ci sia esplicitamente scritto, indicato, che non si è liberi di comportarsi come si vuole. *“Essere obbligati a...”*, è l'obbligo inteso come nel caso del bandito, in questo caso sarebbe strano dire che *“si aveva l'obbligo di...”*, ciò ci suggerisce che manca qualcosa all'interno della ricostruzione.



In questo caso, situazione, si osserva infatti uno scenario in cui non troviamo una regola, una norma, ma esistono ugualmente dei motivi legati alla sfera psicologica.

Analizzando invece, sempre un caso concreto in cui “*si abbia l’obbligo di...*” qui ci si trova in una situazione regolata da un comando generale, una norma che infatti rimane vera anche se uno non ci crede, come nel caso della leva militare obbligatoria o nel caso di un giuramento con cui ci si impegna a dire la verità, rimane quindi concreta e **attiva anche nel momento in cui si è convinti di trasgredirla senza essere scoperti**.

La differenza tra i due obblighi sta in questo, **in uno ci sentiamo obbligati**, l’obbligo deriva quindi da un nostro sentimento che risiede nell’area psicologica, mentre nel secondo caso si tratta di un **obbligo reale sancito da una regola** che, quindi, non ha nulla a che fare con il fatto che lo riteniamo vero o no.

Conseguentemente, in Hart, l’obbligo scatta autonomamente senza il bisogno di essere, da noi, percepito.

CAPITOLO 5- diritto come unione di norme primarie e secondarie

Nel capitolo 5 vediamo come la norma, in Hart, si divide in:

- **Norma primaria:** ordina di fare o non fare qualcosa. Queste norme impongono di obbedire o astenersi da determinate azioni.
- **Norma secondaria:** attribuiscono il potere legislativo pubblico o privato.

La differenza sostanziale tra essere obbligato e avere un obbligo sta nella **presenza** o meno di una **situazione psicologica**.

La regola (o norma) sociale e l’abitudine

Si può dire di essere in presenza di un obbligo in senso proprio quando c’è una **regola**.

C’è la presenza di un obbligo quando abbiamo che la sanzione, cioè l’esecuzione della minaccia, è **prevedibile**. Hart parla, in questa fase della riflessione delle regole intese come **regole sociali**.

È importante ricordarsi ciò perchè per Hart la regola di riconoscimento è una **regola sociale con tratti consuetudinari**. E se in **Kelsen** il rapporto tra precetto e sanzione è invertito, **invece in Hart il precetto è valido in sé**, non dipende quindi da alcuna sanzione.



Ci sono casi in cui una persona ha un obbligo senza che la sanzione “abbinatagli” non sia strettamente prevedibile.

Per, quindi, comprendere il concetto di obbligo c'è bisogno del concetto di regola, per regola, si intendono sempre le **regole sociali**, non le norme.

Dove la regola sociale esiste quando all'interno di un certo contesto la maggior parte delle persone si comportano regolarmente in una certa maniera. Questo, però, non basta, poiché il fatto che all'interno di un certo contesto, un certo numero di persone si comporti regolarmente è la prova dell'esistenza di un'abitudine che, tuttavia, non è una regola.

Cambiare un'abitudine non è un errore, mentre lo è trasgredire ad una regola.

Nel momento in cui si trasforma una consuetudine in un modello, lì sorge una regola sociale.

Il diritto internazionale

Sia per Hart sia per Kelsen il diritto internazionale è una sorta di diritto primitivo, nella spiegazione del quale sono presenti diverse zone grigie, dette di penombra, tali zone corrispondono alle incertezze. Arriva alla certezza che dove ci sono norme secondarie c'è diritto: dove non ci sono, di norma no.

La differenza tra sentirsi obbligati e avere un obbligo

Analizza qui il caso concreto di chi evade le tasse inadempiendo l'obbligo di pagarle, ma può non sentirsi obbligato a pagarle. Un obbligo può esistere anche in assenza del sentirsi obbligato ad adempiervi.

Punto di vista esterno e interno

Il punto di vista interno è quello delle persone che agiscono seguendo quelli che sono i criteri dettati dalla condotta, mentre il punto di vista esterno è quello dell'osservatore, di chi guarda le persone agire.

La differenza consiste, quindi, nella norma.

Dal punto di vista esterno quindi si possono vedere gli ordini.

Gli elementi del diritto e l'importanza delle norme secondarie

Ora Hart parla di diritto. La società descritta è una società di tipo primitivo.

Potrebbe funzionare una società con soli obblighi? La risposta di Hart è sì ma solo in particolari casi:

- Le norme devono contenere in qualche forma dei limiti all'uso indiscriminato della violenza, del furto, dell'inganno.
- Benché vi siano i dissidenti e i malfattori, la maggioranza vive secondo norme considerate dal punto di vista interno.
- Una comunità strettamente legata da vincoli di parentela, sentimenti e credenze comuni, e situata in un ambiente stabile.

Ci sono tuttavia degli inconvenienti, l'incertezza, la staticità e l'inefficienza.



Le norme secondarie risultano essere, in Hart, di tre tipologie:

1. **Norma di riconoscimento:** specifica alcune caratteristiche il cui possesso da parte di una certa regola è considerato decisivo per la sua qualificazione come regola del gruppo (rimedio all'incertezza).
2. **Norme di mutamento:** attribuiscono poteri (limitati o illimitati, pubblici o privati) a un individuo o a un gruppo di persone di introdurre nuove norme primarie e di abrogare delle norme antiche e definiscono le procedure (rimedio alla staticità).
3. **Norme di giudizio:** individuano le persone che devono giudicare e le procedure da seguire (rimedio all'inefficienza).

La norma di riconoscimento

Costituisce il fondamento di tutte le norme. Si chiama norma di riconoscimento perché è una norma che permette di riconoscere le altre: svolge la funzione di rimediare all'incertezza, permettendo di capire quali siano le norme appartenenti all'ordinamento. La funzione delle norme di riconoscimento è analoga alla *grundnorm* di Kelsen.

Secondo Hart, questa deve essere accettata almeno dai funzionari, in caso contrario cambierebbe l'ordinamento.

La successiva distinzione è tra le norme di mutamento e quelle di giudizio, dove le prime spiegano come le altre norme possono cambiare e le seconde vanno ad individuare chi si dovrà poi occupare di giudicare.

CAPITOLO 6- il fondamento dell'ordinamento giuridico

E' nel sesto capitolo dell'opera di Hart che con l'analisi della struttura dal basso verso l'alto della legge, che secondo il suo filone di pensiero è basata sulla norma di riconoscimento, che andiamo a vedere quella che è la fondamentale differenza tra i due filosofi.

Per Hart la legge non ha struttura piramidale.

I sistemi giuridici non, per lui, sono costituiti da ordini dall'alto rispettati per paura, per minaccia, sono invece insieme di regole.

Sono due le condizioni per cui la Costituzione è fondamento di validità del nostro ordinamento, corrispondono alla costituzionalità e al criterio ultimo per la legittimità delle leggi.

La Costituzione diventa regola di riconoscimento quando essa diventa il **modello**. Se la *grundnorm* di **Kelsen** deve essere **posta** e non **presupposta**, invece **Hart** dice che il fondamento di un ordinamento si riconosce in una regola, che si manifesta in una **pratica sociale**. È una regola sociale che rinvia alla **pratica**, al modo in cui le



persone generalmente si comportano assumendo tale comportamento come modello..

La validità di una norma

Una norma è valida se appartiene ad un ordinamento giuridico ed è quindi riconosciuta come tale dalla regola di riconoscimento.

Quando si parla di **validità**, in Hart come in Kelsen, si intende l'appartenenza di una norma ad un ordinamento giuridico.

La norma fondamentale non può essere messa in discussione poichè è proprio essa a stabilire il criterio di validità di tutte le altre norme.

Non si assume la validità di tale sbarra ma si assume semplicemente come criterio, di conseguenza la norma fondamentale di Hart è assunta come criterio di validità. Per **funzionari** si intendono le persone che sono deputate a **far funzionare** l'ordinamento.

L'analisi di Hart prosegue poi con il chiedersi *quando si può dire di essere in presenza di un ordinamento giuridico?* Risponde a tale quesito affermando che il funzionamento di un ordinamento giuridico si basa sull'accettazione delle regole e che per cambiarlo bisogna lavorare sul tessuto sociale poichè è proprio da lì, dal basso, che questo parte.



@astrabocconi



@astrabocconi



@astrabocconi



 **ASTRA**
B O C C O N I