

# *Il concetto di accettazione non è una minaccia... per il positivismo hartiano\**

Maribel Narvaez e Susanna Pozzolo

SOMMARIO: 0. *Introduzione.* – 1. *Non esiste una connessione necessaria fra diritto e morale.* – 2. *Accettazione ed esistenza del diritto.* – 2.1. *Il mito degli accettanti morali.*

## *0. Introduzione*

Il dibattito intorno alla teoria positivista è fecondo, ma anche confuso. Aldo Schiavello nel suo lavoro *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*. Un'introduzione critica offre un'interessante e utile ricostruzione della proposta hartiana, successivamente confronta e discute le versioni del giuspositivismo più dibattute. Sebbene l'opera risulti nel suo complesso equilibrata, l'autore mostra di condividere molte delle critiche che sono state mosse al positivismo hartiano, originariamente (o per lo più), da Ronald Dworkin e poi riprese e rielaborate anche da altri autori. Seguendo il filo delle critiche Schiavello modula argomenti e controargomenti evidenziando i punti di maggior difficoltà delle proposte teoriche avanzate, nel tentativo confessato di rifiutare l'irreversibilità della crisi del positivismo giuridico.

Tra i molti temi affrontati, Schiavello cerca di svelare che cosa si nasconde dietro l'atteggiamento "prudente" di Hart nel trattare la nozione di accettazione delle norme<sup>1</sup>. A suo avviso, l'elaborazione di un concetto di accettazione debole o poco esigente, ossia di un concetto che non presuppone la convinzione morale, è ciò che permette ad Hart di salvare il "dogma positivista della separazione fra diritto e morale"<sup>2</sup>. Tuttavia, secondo Schiavello, la nozione di accettazione non può fare a meno dell'elemento morale e con ciò la tesi della separazione che il positivismo hartiano cerca di mantenere è minacciata o posta in pericolo.

Contrariamente all'opinione di Schiavello, noi riteniamo che il concetto di accettazione hartiano non sia debole per non tener conto delle convinzioni morali degli accettanti del diritto, casomai la sua debolezza consiste nell'essere contenuta all'interno di un lavoro di sociologia descrittiva<sup>3</sup> che non approfondisce abbastanza le sfumature

---

\* Relazione presentata al *Secondo seminario di giovani ricercatori di Teoria del diritto*, svoltosi a Milano, presso l'Istituto di Filosofia e Sociologia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano il 16 maggio 2003. Per ragioni puramente accademiche attribuiamo a Narvaez la stesura dei paragrafi n. 0. e 1., e a Pozzolo quella dei n. 2. e 2.1., ma l'intero lavoro è scaturito da una comune riflessione.

<sup>1</sup> Nel presente lavoro si terrà conto anche del seguente saggio: A. Schiavello, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, in "Analisi e diritto 2001", pp. 295-319. In quest'ultimo lavoro, Schiavello mostra molto più chiaramente e direttamente il tipo di critica che è disposto a rivolgere ad Hart. Tuttavia, il libro raccoglie i presupposti di tale critica e solo ai fini di un riferimento più diretto ai rilievi di Schiavello si farà di tanto in tanto uso dell'articolo.

<sup>2</sup> A. Schiavello, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, cit., p. 296. Se, come scrive Schiavello, per Hart la tesi della separazione fosse un dogma allora non ci sarebbe alcun bisogno di argomentare per salvarla.

<sup>3</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), nuova edizione con il poscritto dell'autore, Einaudi, Torino, 2002, prefazione, p. xxiii.

della complessità sociale. Brian Leiter ha criticato, in questo senso, il positivismo giuridico perché non ha impiegato gli studi della scienza sociale per difendere le proprie affermazioni teoriche e concettuali. “If a proposed conceptual analysis is to be preferred to others, it must be because it earns its place by facilitating successful a posteriori theories of law and legal institutions. [...] That would required jurisprudence to get up from the armchair and find out what antropologists, sociologists, psychologists, and the others can tell us about the social practices in and around law”<sup>4</sup>. Rafforzare in tal senso il concetto di accettazione non trasforma, come cercheremo di dimostrare, la proposta hartiana in una minaccia per la tesi della separazione.

Offriremo, in primo luogo, alcune brevi note sulla nota tesi giuspositivista della separazione fra diritto e morale, per poi passare a trattare il tema dell’accettazione per l’esistenza del diritto, dove ci proponiamo di evidenziare il ruolo del “mito dell’accettante morale” in quanto necessario per l’esistenza di regole sociali.

### 1. *Non esiste una connessione necessaria fra diritto e morale*

Vi sono molti modi di pensare ai rapporti fra diritto e morale, e come scrive lo stesso Hart, nessuna relazione può essere “vantaggiosamente designata come la relazione” per eccellenza<sup>5</sup>. Per quanto concerne questo lavoro, dai fini estremamente modesti, ci interessa solo chiarire il proposito giuspositivista nella difesa della tesi della separazione fra diritto e morale (d’ora in avanti “tesi della separazione”).

Nella tesi della separazione, formulata come nel titolo del presente paragrafo, appaiono tre elementi: il diritto, la morale e un tipo di connessione che viene negata. Cercheremo di spiegare la portata di ciascuno di questi tre elementi attraverso alcune puntualizzazioni.

a) Qual è il carattere della tesi della separazione, ossia, qual è la natura della connessione che si sta negando?

Seguendo la linea tracciata da Austin, Hart sostiene che “in the absence of an expressed constitutional or legal provision, it could not follow from the mere fact that a rule violated standards of morality that it was not a rule of law; and, conversely, it could not follow from the mere fact that a rule was morally desirable that it was a rule of law”<sup>6</sup>. Ciò presuppone, da un lato, che la valutazione morale negativa di una norma giuridica non la spogli del suo carattere giuridico e, dall’altro, che il mero fatto che una regola coincida con la morale non fa di essa una norma giuridica. Austin non si stancava di ripetere quanto frequentemente ci si dimenticava il contenuto, peraltro banale, della tesi della separazione. Una legge che esiste è diritto, sebbene noi la disapproviamo o sebbene diverga dai nostri standard. Questa verità, quando è formalmente enunciata come una proposizione astratta, è così semplice e ovvia che sembra assurdo continuare ad insistervi: ma “A law which exists is a law, though we happen to dislike it, or though it varies from our assumed standard. This truth, when formally announced as an abstract

<sup>4</sup> B. Leiter, *Realism, Positivism, and Conceptual Analysis*, in “Legal Theory”, 4, 1998, pp. 533-547, p. 547.

<sup>5</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 216.

<sup>6</sup> Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-87, p. 55.

proposition, is so simple and glaring that it seems idle to insist it: but the enumeration of the instances in which it has been forgotten would fill a volume”<sup>7</sup>.

Questa prospettiva rivela che si tratta di una tesi che ha carattere concettuale, ciò significa che chi la enuncia presuppone due diversi concetti di regola o norma: quello di regola o norma giuridica e quello di regola o norma morale. Il termine ‘regola’ (o norma) per chi difende la tesi della separazione ha due sensi o intensioni in virtù di come sia qualificato: mediante l’aggettivo ‘giuridica’ o ‘morale’. Per questo, anche se di un insieme di regole si potesse affermare che sono simultaneamente regole giuridiche e regole morali, e dunque che si è determinata la coestensività fra gli elementi di tale insieme, non verrebbero comunque meno i due concetti di ‘regola’<sup>8</sup>.

In tutta la teoria giuspositivista il fatto di definire, almeno parzialmente, il diritto come un insieme di regole permetterebbe di enunciare la tesi della separazione dicendo “non esiste una connessione necessaria fra le norme giuridiche e le norme morali”. Con tale formulazione della tesi della separazione si evidenzia il suo carattere tautologico per chi essendo giuspositivista sta solo esplicitando uno dei presupposti che dotano di senso il suo discorso. Per questo quando ciò che si fa è presentare il presupposto a chi non lo utilizza si procede, invece, operando una sostituzione semantica: il termine ‘diritto’ sostituisce la locuzione ‘norme giuridiche’ e il termine ‘morale’ sostituisce la locuzione ‘norme morali’. In questo modo l’espressione “non esiste una relazione necessaria fra diritto e morale” è un enunciato necessariamente vero quando è inserito in un sistema di enunciati giuspositivista giacché segue dalle definizioni di ‘norma giuridica’ e di ‘norma morale’. Come vedremo più avanti, altra questione è vedere le ragioni che giustificano la distinzione nel discorso giuspositivista.

È il caso di rammentare che la tesi delle fonti sociali, nucleo del positivismo concettuale o metodologico, è quella che configura il concetto di diritto che viene impiegato nel formulare la tesi della separazione; per questo Hart sostiene che: “In base alla mia teoria, l’esistenza e il contenuto del diritto possono essere riconosciuti con riferimento alle fonti sociali del diritto (vale a dire, legislazione, sentenze giudiziarie, consuetudini sociali) senza riferimento”<sup>9</sup> “According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs)”. Ciò non significa che i processi attraverso cui viene ad esistenza e attraverso cui si identifica il diritto siano semplici, valutativi o neutri, ma solo che la possibilità che il risultato di tali azioni umane sia coincidente con la morale (o corretto moralmente) è una questione contingente.

b) La seconda puntualizzazione si riferisce alla natura dell’elemento morale, ossia a quale morale si riferisce il giuspositivista quando nega la relazione concettuale fra diritto e morale?

In questo caso, ciò che rileva sono i contenuti morali, ossia la correttezza morale. La tesi della separazione afferma che “non è in nessun senso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfacciano certe esigenze della morale”<sup>10</sup>. Tuttavia, occorre

<sup>7</sup> J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Robert Campbell, ed. John Murray, London, 1885. Qui si utilizza *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. The student’s edition*, J. Murray, London, 12<sup>a</sup> ristampa, 1913, edizione anastatica del 1977, p. 73.

<sup>8</sup> Cfr. J. Coleman, *Rules and Social Facts*, in “Harvard Journal of Law & Public Policy”, 14, 1991, p. 723; P. Navarro, *Tensiones Conceptuales en el Positivismo Jurídico*, in “Diritto e questioni pubbliche”, 1, 2001, [http://www.dirittoquestionipubbliche.org/D\\_Q-1/contributi.htm](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/D_Q-1/contributi.htm).

<sup>9</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 343.

<sup>10</sup> H.L.A. Hart, *ivi*, p. 217.

notare che per enunciare tale tesi è necessario presupporre che esista “qualcosa” che giochi in essa il ruolo della morale. In questo senso Austin sostiene che “[...] when we say that a human law is good or bad, or is what it ought or ought not to be, we mean (unless we intimate our mere liking or aversion) this: namely, that the law agrees with or differs from a something to which we tacitly refer it as to a measure or test”<sup>11</sup>. Pertanto la natura dell’elemento morale nella tesi della separazione potrà avere carattere soggettivo oppure oggettivo.

Quando si afferma che la correttezza morale ha carattere oggettivo e che, pertanto, non dipende da credenze o atteggiamenti umani, va da sé il sostenere la tesi della separazione quando si è giuspositivista. Per esempio Joseph Raz sostiene che il diritto è un fenomeno sociale (con contenuti contingenti) e che la morale – la correttezza morale – non lo è (e abbia contenuto necessario). In questo caso la distinzione fra morale sociale (o positiva) e morale critica (razionalmente fondata) fa coincidere la morale oggettiva con la seconda.

Quando, al contrario, si afferma che la correttezza morale dipende da credenze e atteggiamenti umani, a seconda della forza che si ritiene abbia tale dipendenza, si può anche evitare di parlare di “correttezza morale”, sulla base di un presupposto emotivista forte o di altri tipi di non cognitivismo etico. Per tale ragione la morale critica rimane dissolta nella morale sociale (sia essa individuale o collettiva): non si può fondare razionalmente il giudizio morale. In sostanza, qui la morale di cui si tratta ha carattere storico e contingente come lo stesso diritto positivo. E ciò vale sia per la morale sociale “in action” sia per la morale critica “in book” intesa anch’essa come un prodotto storico contingente.

Rimane il punto intermedio tra queste due ipotesi, ossia di coloro che ammettono il valore di certi accordi intersoggettivi con i quali si “oggettivizza” la correttezza morale rendendola dipendente da atteggiamenti umani qualificati. Per questa prospettiva la distinzione fra morale critica e morale positiva o sociale funziona nello stesso modo in cui si distingue fra conoscenza e credenza<sup>12</sup>.

Tuttavia, a volte con ‘morale critica’ non si fa riferimento alla correttezza morale razionalmente fondata, bensì ai “principi morali e [a]gli ideali morali che possono regolare la vita di un individuo, ma che questi non ha in comune con un numero considerevole delle sperone insieme alle quali vive”<sup>13</sup>. Questo presenta un nuovo problema per l’analisi. Sebbene possa sembrare che in questo caso ‘morale critica’ faccia riferimento alla morale individuale e ‘morale positiva’ alla morale sociale, è certo che la distinzione si riferisce all’uso normativo del giudizio morale piuttosto che alla constatazione empirica delle regole morali effettivamente seguite in società. In questo modo la morale critica presupporrebbe una specie di punto di vista interno morale, e la morale positiva sarebbe invece quella che si esprime attraverso enunciati fattuali da un punto di vista esterno. Si noti che, allora, la difficoltà deriva dal fatto che essere partecipante critico di una pratica morale è qualcosa che si fa individualmente, e che si

<sup>11</sup> J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, cit., p. 61.

<sup>12</sup> Questo è il caso di Govert den Hartogh: “The concepts of “positive” and “critical morality” are necessarily connected with each other, like “belief” and “knowlwdge”. So we should certainly not conceive of “positive” and “critical” morality as two independent systems. Rather, they are two dimensions within social morality itself. Social rules may have one or both of two properties: they may be recognized generally, accepted, effective, or they may be justified within the system as a whole”, in Id., *Mutual Expectations. A Conventional Theory of Law*, Kluwer, Dordrecht, 2002, p. 173.

<sup>13</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 198.

manifesta con frequenza nei casi di conflitto, dove si disapprova un comportamento maggioritario.

Si noti che si presenta così un incrocio fra tipologie morali che non è coincidente. Da una parte la natura oggettiva o soggettiva dei giudizi di correttezza morale, e dall'altra parte il carattere sociale o critico da cui si realizza l'analisi. Tutti i soggetti partecipano in qualche morale sociale e tutti i soggetti realizzano giudizi critici di valutazione morale, tuttavia è la posizione metaetica che determina quale sia la natura dell'elemento morale nella tesi della separazione.

c) La terza puntualizzazione è diretta a chiarire quali elementi siano dal punto di vista del giuspositivista necessari nella configurazione del sistema giuridico.

Vale la pena ricordare che la regola di riconoscimento è la regola (o le regole<sup>14</sup>) sociale che determina i criteri di validità e identificazione delle altre norme del sistema, e che a sua volta non può essere detta valida o invalida. Come già è stato notato, per il fatto di essere giuridico, il contenuto delle norme giuridiche valide (primarie e secondarie) non risulta dotato di correttezza morale. Precisamente perché il processo di gestazione del diritto non è necessariamente un processo di ricerca della correttezza morale. Questo non significa che la regola di riconoscimento non possa essere avallata criticamente come una regola di identificazione moralmente soddisfacente; e ciò a maggior ragione quando si ritenga che essa possa anche contenere fra i criteri di identificazione elementi sostantivi “la norma di riconoscimento può incorporare quale criterio di validità giuridica la conformità a principi morali e valori sostanziali”<sup>15</sup> “[...] the rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values”. Se tali criteri morali sostantivi provengono dalla morale positiva, intesa come il sostrato di correttezza morale condiviso socialmente, i giudizi critici (anche contro la regola di riconoscimento) non sono preclusi a nessuno. Che la morale critica difesa da molti, o alcuni (o solo da un dittatore?), si trovi nella base di una concreta regola di riconoscimento non è cosa che può erodere la tesi della separazione concettuale: anche se tutte le regole di riconoscimento (in ogni tempo e luogo) esigessero che tutto il diritto valido fosse corretto moralmente, chi come il giuspositivista utilizza concetti diversi per la correttezza morale e la correttezza giuridica potrà dire che questa è una coincidenza empirica<sup>16</sup>. Come nel caso di espressioni del tipo “animali con polmoni” e “animali con cuore”, nel nostro mondo tutti gli animali che hanno polmoni hanno un cuore, però avere polmoni non è lo stesso che avere cuore, si produrrebbe coestensività ma non cointensionalità.

Essendo pertanto la tesi della separazione di carattere concettuale: come va intesa la discussione sul concetto di diritto? Le pratiche sociali, che non escludono affatto, casomai il contrario, i processi di valutazione nella creazione del diritto e nella sua successiva applicazione, sostentano i valori plasmati in tale creazione e applicazione. Il

<sup>14</sup> Cfr. M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>15</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 321.

<sup>16</sup> Jules Coleman segnala la possibilità di pensare la tesi della separazione in forma negativa, ovvero egli afferma che è possibile concepire almeno una regola di riconoscimento che non incorpori criteri morali per la validità giuridica. In questo modo anche se di fatto tutti i sistemi giuridici avessero regole di riconoscimento con criteri morali di validità giuridica ciò non invaliderebbe la tesi della separazione, che avrebbe carattere negativo. Ma se così fosse è molto probabile che non si sarebbe mai proceduto a distinguere fra diritto e morale e, dunque, non avremmo due concetti di regola coinvolti nella discussione: quella giuridica e quella morale. Cfr. J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in “Journal of Legal Studies”, n. 11, 1982, pp. 139-164.

rapporto fra il diritto e la morale sociale, sia essa sostenuta da tutti o solo da alcuni membri di un gruppo, inteso questo come una questione di fatto, non è mai stato negato dal positivismo giuridico. Ammettere che la creazione, il mantenimento o la modifica delle norme giuridiche sia il risultato di accettare o rifiutare determinati valori, non qualifica, nemmeno per coloro che credono a un qualche tipo di correttezza morale, come moralmente corretto né questi valori né le stesse norme giuridiche. Il fatto è che quando si afferma che il positivismo giuridico è legato alla tesi della separazione concettuale fra diritto e morale, per cui non si può simultaneamente ammettere la necessità di determinati atteggiamenti morali da parte dei partecipanti che creano, applicano e seguono il diritto, si usa il termine ‘morale’ in due sensi differenti. Si produce, in breve, un’ambiguità che se non viene tenuta in conto origina il problema, ma che una volta posta in luce lo risolve.

La tesi della separazione, come abbiamo detto, può esprimersi mediante il seguente enunciato: 1) non esiste connessione necessaria (concettuale<sup>17</sup>) fra diritto e morale. Così formulata, dalla tesi della separazione ne segue (per interdefinizione) 2) esiste una connessione contingente fra diritto e morale.

Supponiamo una morale oggettiva forte (moraleOF<sup>18</sup>), una morale oggettiva moderata (moraleOM<sup>19</sup>) e una morale soggettiva (moraleS).

Ammettendo l’esistenza della ‘moraleOF’ o della ‘moraleOM’ è possibile esprimere le due affermazioni sopra enunciate – (1) non esiste connessione necessaria (concettuale) fra diritto e morale e (2) esiste una connessione contingente fra diritto e morale – con ciò affermando che il diritto positivo (prodotto di azioni umane) in certi casi (o con frequenza) è ingiusto; il parametro di giustizia, infatti, è determinato da uno o dall’altro tipo di morale (OF oppure OM)<sup>20</sup>. Dinanzi a una situazione di questo tipo la proposta giusnaturalista è quella di negare a tale pseudodiritto, o insieme di disposizioni frutto della legislazione, lo statuto di diritto. La proposta giuspositivista, per contro, è quella di denominare tale insieme di disposizioni “diritto ingiusto”, perché una cosa è il diritto com’è e altra cosa il diritto come dovrebbe essere<sup>21</sup>.

Tuttavia, se inizialmente si nega l’esistenza della moraleOF e della moraleOM, allora non è possibile affermare che fra diritto e moraleO (F o M) esista una connessione contingente: entro una medesima elaborazione concettuale, infatti, non può essere simultaneamente affermata la connessione fra due oggetti e negata l’esistenza di uno di essi. E difatti, di solito, evitando di cadere in tale assurdità, viene espressa

<sup>17</sup> Dal punto di vista del positivismo logico le uniche verità necessarie sono di carattere analitico.

<sup>18</sup> Ad esempio, questo sarebbe il punto di vista di un oggettivista metafisico, oppure il punto di vista di colui che pensa alla morale come a un insieme di principi universali, immutabili e conoscibili.

<sup>19</sup> Ad esempio, questo sarebbe il punto di vista di colui che pensa alla morale come a un insieme di norme di comportamento, di origine sociale, espresse in forma di giudizio, la cui difesa possa dirsi razionale come quella di qualsiasi altro tipo di giudizio.

<sup>20</sup> Così, come scrive Hart: “Let us now suppose that we accept this rejection of ‘non-cognitive’ theories of morality and this denial of the drastic distinction in type between statements of what is and what ought to be, and that moral judgments are as rationally defensible as any other kind of judgments. What would follow from this as to the nature of the connection between law as it is and law as it ought to be? Surely, from this alone, nothing. [...] The only difference which the acceptance of this view of the nature of moral judgments would make would be that the moral iniquity of such laws would be something that could be demonstrated”, Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., pp. 83-84.

<sup>21</sup> “The existence of law is one thing; its merits or demerit is another”, J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, a cura di D. Campbell and P. Thomas, Ashgate-Dartmouth, Aldershot-Brookfield USA- Singapore-Sydney, 1998, p. 132.

quest'altra affermazione: (3) esiste una connessione contingente fra diritto e la morale sociale. (Ciò si produce per chi soltanto ammette l'esistenza della moraleS) Questa affermazione, tuttavia, non segue dalla tesi della separazione intesa nel senso di "non esiste una relazione necessaria fra diritto positivo e moraleO (F o M)". Anzi, quanto appena affermato (adducendo l'esistenza di una connessione contingente fra diritto positivo e morale sociale) sarebbe falso almeno per coloro che ritengono che tutto il diritto positivo, in qualche misura, plasma o riflette la morale sociale del gruppo in cui tale diritto nasce e vive.

Il giuspositivista, sia esso scettico in materia etica o no, potrebbe sostenere che esiste una connessione necessaria fra il diritto positivo e i valori morali della comunità (o di alcuni membri della comunità) di riferimento, senza per questo vedersi privato della possibilità di criticare i risultati dell'attività di produzione giuridica. Tuttavia, quest'ultima affermazione sarebbe la constatazione di una generalità empirica e non una esplicitazione concettuale. Come tesi empirica generale sarebbe falsificata se la morale sociale dei destinatari del diritto non venisse in alcun modo riflessa nel sistema giuridico. Si potrebbe anche sostenere che, per tale ragione, in tal caso gli stessi destinatari non riconoscono quel sistema normativo come diritto.

Resta comunque sempre la possibilità di affermare che la distinzione fra diritto che è e diritto che dovrebbe essere deve essere mantenuta essendo questa una proposta concettuale normativa. A tal proposito si potrebbe argomentare, ad esempio, affermando che così permane la possibilità di un atteggiamento critico nei confronti delle imposizioni da parte dell'apparato coattivo dello stato<sup>22</sup>. Il punto è che proporre una regimentazione linguistica del termine 'diritto', con le ulteriori conseguenze che ciò comporterebbe, non è solo offrire una caratterizzazione concettuale, quando con essa si intende una esplicitazione semantica, ma è offrire ragioni per le quali si dovrebbe accettare tale regimentazione e le sue conseguenze. Le ragioni giuspositiviste sempre sono state le stesse: non confondere gli obblighi morali con quelli giuridici, anche solo perché quelli giuridici vengono eseguiti se è necessario a partire dall'uso del monopolio della forza dello stato.

Per il positivista non scettico in materia etica il parametro di giustizia attraverso cui valutare il diritto positivo potrebbe continuare ad essere la moraleOM, almeno sul presupposto che non essere scettico in materia morale significa condividere una qualche tipo di cognitivismo etico. Per il positivista scettico la critica al diritto verrebbe espressa attraverso la difesa di quei valori e interessi che egli condivide e impiega nella propria pratica di valutazione moraleS. La qualificazione morale del diritto positivo in questo tipo di connessione sarebbe determinata, sostantivamente e contingentemente, dal parametro adottato per giudicare il diritto e quest'ultimo sarà ritenuto più o meno giusto. Ma non ci sarebbe alcuna necessità di stabilire un equivalente fra "norma giuridica" e "norma obbligatoria moralmente", né per coloro che affermano né per coloro che negano l'esistenza della moraleO (F o M). E la negazione di questa necessità è proprio ciò di cui ha bisogno il giuspositivista.

---

<sup>22</sup> Così fa James Allan, che ritiene che il giuspositivista, in senso consequenzialista, ammette la bontà della separazione fra diritto e morale "While this will make little or no difference in a generally benevolent or acceptable legal system [...] it will make a difference in a wicked legal system. People will be forced to see that what is obviously law is nonetheless just law, it has no claim to an automatic moral endorsement. The legal positivist says this will have better consequences than any concatenating of the two issues and such the insistence on separating law and morality can be seen as a moral claim", Id., *A Sceptical Theory of Morality and Law*, Peter Lang, New York, 1998, p. 179.

## 2. Accettazione ed esistenza del diritto

In Il concetto di diritto si tenta di conciliare la tesi della separazione fra diritto e morale con la configurazione di un concetto di diritto che non presenti una nozione di norma che si risolve nell'ordine sostenuto dalla minaccia di subire un male in caso di disobbedienza. Hart difende una concezione del diritto nella quale viene ripensato il ruolo che gioca la forza nell'imporre i comportamenti<sup>23</sup>. In diversi punti del libro Aldo Schiavello chiarisce molto bene questo obiettivo hartiano, sebbene non ritenga che lo abbia pienamente raggiunto.

Il punto di partenza della ricerca hartiana può essere riformulato attraverso alcune questioni cui l'autore cerca di dare risposta: cosa hanno in comune e in cosa divergono il diritto e gli ordini sostenuti da minacce?, che cosa hanno in comune e in cosa divergono il diritto e la morale?, che cosa sono le regole e in che senso il diritto è una questione di regole?<sup>24</sup>

L'obiettivo dell'analisi hartiana è duplice: in primo luogo, offrire una migliore descrizione del fenomeno giuridico e, in secondo luogo, riuscire a dar conto di un qualche tipo di normatività, senza la quale sarebbe stato impossibile giustificare azioni richiamandosi a norme giuridiche come a ragioni per agire. In sostanza, il compito che Hart si prefigge è quello di offrire una diversa spiegazione della normatività giuridica per meglio descrivere il fenomeno diritto.

A questo fine Hart cerca di distinguere fra la mera imposizione e la norma giuridica. L'autore individua le differenze e le similitudini presenti nel caso in cui una persona "si veda obbligata", ad esempio, a consegnare il denaro a un bandito e nel caso in cui una persona "abbia l'obbligo", ad esempio, di pagare una multa.

Ne Il concetto di diritto si legge: "La plausibilità della tesi secondo cui la situazione del bandito spiega il significato del concetto di obbligo sta nel fatto che riguardo ad essa si direbbe certamente che B, se ha obbedito, è stato "obbligato" a consegnare il proprio denaro. È ugualmente certo, però, che si traviserebbe la situazione se si dicesse, in relazione a questi fatti, che B "aveva un obbligo" o un "dovere" di consegnare il denaro. Così è chiaro fin dall'inizio che ci occorre qualcosa di diverso per comprendere il concetto di obbligo"<sup>25</sup>. In questo modo emerge subito la differenza fra la mera imposizione di un ordine sostenuto da minacce e la norma giuridica.

Hart distingue fra questi due casi senza ricorrere a elementi morali o metafisici: avere un obbligo giuridico è una situazione di fatto che ha luogo quando vengono soddisfatti alcuni criteri empirici<sup>26</sup>, affermare che esiste una norma giuridica significa affermare che hanno avuto luogo alcuni fatti sociali complessi. Occorre fare attenzione, tuttavia, che la possibilità di identificare certi fatti in modo tale da poter affermare che esiste una norma giuridica richiede un insieme di pratiche sociali che includono atteggiamenti, desideri e credenze dei membri del gruppo in questione. Accade a volte che ci si dimentichi di questa complessità e si fa così sostenere ad Hart che "il compito dello studioso del diritto rimane sempre quello di descrivere, in modo neutrale ed

<sup>23</sup> Anche Kelsen si poneva lo stesso problema, per questo distingue fra il senso oggettivo e il senso soggettivo di un atto di volontà, individuando la norma giuridica nel primo di essi; cfr. Id., *La dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino, 1956, pp. 27-28.

<sup>24</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it., Einaudi, Torino, 2002, pp. 9-17

<sup>25</sup> H.L.A. Hart, *ivi.*, p. 99.

<sup>26</sup> E ciò non comporta una riduzione degli enunciati normativi a proposizioni storiche o fattuali 1982, p. 145.????

avalutativo, una realtà che è già compiutamente data prima di qualsiasi attività interpretativo-ricostruttiva” (p. 17 Schiavello), come se descrivere neutralmente una realtà la rendesse tanto semplice da non aver bisogno di attività interpretativa per comprenderla.

Il punto è che il positivismo hartiano non nega affatto che il diritto sia un sistema attraverso il quale vengono imposti dei comportamenti, ma afferma che non è solo questo. E ciò viene evidenziato anche da ragioni grammaticali, giacché è proprio a partire dalla pratica linguistica che è possibile operare la distinzione fra l'imposizione del bandito e l'imposizione giuridica. Ciò che Hart sottolinea è la necessità di tener conto del ruolo giocato dall'obbedienza spontanea e dall'uso volontario delle norme.

Ciononostante, a questo punto, in letteratura si pone un dilemma:

o il diritto si caratterizza per essere un sistema di imposizione di comportamenti attraverso l'uso istituzionalizzato della forza – e l'obbedienza volontaria ha un ruolo residuale, poiché è sufficiente che le persone agiscano in modo conforme per ragioni prudenziali (timore della sanzione), e la legittimità del potere è un fenomeno meramente contingente;

oppure il diritto non si caratterizza per essere un sistema di imposizione di comportamenti attraverso l'uso istituzionalizzato della forza, poiché esso consiste di imposizioni giustificate – l'obbedienza volontaria è un requisito imprescindibile così come la sua legittimità agli occhi dei partecipanti.

La necessità di scegliere fra queste due raffigurazioni è però solo apparente, almeno adottando la prospettiva hartiana. Quelle che si presentano come alternative escludenti sono invece configurazioni che vanno entrambe prese in considerazione ed è da rigettare, per contro, la tendenza a privilegiare una sola di esse. Se si prende sul serio la tesi delle fonti sociali – ossia una delle tesi fondamentali del giuspositivismo –, difatti, il carattere autonomo del diritto e dei suoi tratti distintivi è una questione di grado che lo differenzia sia dalla morale sia dalla mera coazione, quando lo si considera nel suo complesso. Così, il positivismo hartiano, come non nega il suo carattere impositivo, non nega neppure che il diritto possa avere contenuti conformi alla morale positiva. Con le parole di Hart: “Qui intenderemo per positivismo giuridico la semplice tesi secondo cui non è in nessun senso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfacciano certe esigenze della morale, anche se nella realtà esse hanno spesso fatto questo”<sup>27</sup>.

La selezione legislativa dei comportamenti da regolare risponde certamente a interessi considerati degni di valore o di disvalore, e il diritto svolge una parte rilevante del suo ruolo proprio in quelle situazioni in cui i membri del gruppo non si comportano in modo spontaneamente coincidente. Le norme giuridiche vedranno un adeguamento volontario da parte di coloro che le valutano positivamente, saranno seguite da alcuni per ragioni prudenziali (paura della sanzione) e disobbedite da altri che le rifiutano esplicitamente, proprio su questi ultimi giocherà un ruolo attivo l'uso della forza istituzionalizzata.

Non tutti i comportamenti selezionati dal legislatore vedranno la stessa acquiescenza sociale o rappresentano specificazioni di norme della morale critica o ideale dei soggetti che vi obbediscono. Ma ciò non implica cadere nell'alternativa fra “diritto come forza organizzata” o “diritto come ordine legittimo e valido moralmente”. La scelta fra queste due possibilità si presenta solo per chi si pone il problema di sapere se si deve e quando obbedire alle norme giuridiche. E così facendo dimentica altresì che

<sup>27</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 217.

si può ragionare intorno alla questione del carattere obbligatorio del diritto mantenendo separata la questione della identificazione del contenuto del diritto (la questione epistemologica). Con tale dimenticanza si fa rientrare la domanda relativa alla normatività morale nella discussione sul concetto di diritto. Che qualcuno dia un ordine e che il destinatario sia così obbligato sono cose diverse, così come la esistenza di una norma giuridica è una cosa e altra è la sua (contingente) obbligatorietà morale.

Schiavello rammenta che secondo Dworkin la teoria hartiana dell'obbligo giuridico è inadeguata, giacché la ragione dell'obbligo non risiederebbe nella regola (sociale) giuridica ma nella regola morale che vi sottostà<sup>28</sup>.

Questa interpretazione dworkiniana sostiene che la tesi teorica secondo cui l'ordinamento giuridico è esclusivamente un prodotto di azioni umane – ossia che una serie complessa di fatti da luogo a norme e a sistemi giuridici – rappresenta una riduzione inaccettabile. Infatti, dai comportamenti fattuali non sembra potersi arrivare alla normatività del diritto senza incorrere in qualche fallacia, segnatamente si violerebbe la nota legge di Hume. La normatività, si afferma, deve almeno pensarsi come un elemento del processo di accettazione dell'autorità normativa; ma se l'accettazione fosse il prodotto del timore dell'uso della forza o potesse solo leggersi come accettazione morale, il modello hartiano cadrebbe nel dilemma poco sopra enunciato.

I requisiti empirici sui quali si basa l'affermazione dell'esistenza del diritto (ovvero dell'ordinamento giuridico) nella prospettiva di *The Concept of Law* sono, molto schematicamente, la simultanea efficacia generale delle norme primarie e l'accettazione delle norme secondarie. Queste ultime sono metanorme che vertono sulle primarie che impongono obblighi: “Esse specificano i modi in cui si possono in modo decisivo accertare, introdurre, eliminare, variare le norme primarie, e determinare il fatto della loro violazione”<sup>29</sup>. L'ordinamento giuridico, dunque, può essere considerato come un insieme di norme primarie e secondarie.

Tra le norme secondarie la regola di riconoscimento è quella che offre i criteri di validità delle altre norme giuridiche e si caratterizza per essere una regola sociale. Per Hart, infatti, il diritto richiede l'esistenza di regole sociali. A questo punto occorre segnalare che sovente si confondono e sovrappongono ‘regola di riconoscimento’ e ‘criteri di validità’, ma è bene mantenere le due cose separate. Schiavello, ad esempio, scrive: “Una regola è una regola giuridica valida se soddisfa i criteri stabiliti dalla regola di riconoscimento. La regola di riconoscimento è dunque il criterio supremo (la ‘regola delle regole’) che consente di ricondurre a unità sistemica tutte le regole giuridiche e di distinguere queste ultime dalle regole morali o dalle regole di etichetta. [...] La regola di riconoscimento è, dunque, una regola realmente esistente” (pp. 22-23, Schiavello). Come mostra la citazione sono almeno tre gli elementi che si intrecciano quando si parla di regola di riconoscimento: i) criteri di validità giuridica, ii) una categoria teorica per ricostruire sistematicamente il diritto, iii) una pratica sociale complessa ed effettivamente esistente, di cui si può predicare il carattere di regola sociale. Per quanto attiene al presente discorso ci interessa ‘regola di riconoscimento’ come ‘pratica sociale (ii)’.

Una regola sociale, seguendo la teoria hartiana, può essere identificata per contrasto con una abitudine. La scelta di tale contrasto non è casuale; da un lato, infatti, Hart

<sup>28</sup> Cfr. A. Schiavello, cap 3.

<sup>29</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 112.

rifiuta l'idea che il diritto sia ricostruibile come un ordine sostenuto da minacce e, d'altro lato, le sue esigenze teoriche non sono soddisfatte dalle teorie predittive – che rilevando l'esistenza di un'abitudine all'obbedienza agli ordini sostenuti da minacce, rafforzata dalla paura della sanzione, rende possibile la previsione dei comportamenti (probabilmente conformi all'ordine). A questo si lega la necessità di distinguere fra abitudini e regole sociali.

Le abitudini di un certo gruppo di persone sono ricostruibili come comportamenti convergenti durante un certo lasso di tempo; due sembrano essere i sintomi dell'abitudine: la reiterazione della condotta e l'indifferenza verso le omissioni della condotta. Hart non offre criteri per identificare il gruppo di riferimento, ma occorre presumere che si tratti di persone tra cui esiste un qualche tipo di relazione. La nota che contraddistingue le abitudini è rappresentata dall'indifferenza. In particolare, quando si tratta di abitudini i membri del gruppo non dimostrano un atteggiamento critico-riflessivo nei confronti di quei soggetti che non mantengono lo stesso comportamento convergente. Così, ad esempio, la maggioranza delle persone va al cinema il mercoledì sera ma chi non va non è soggetto ad alcuna critica da parte di quelli che ci vanno. Il fatto che l'andare al cinema il mercoledì sera sia un'abitudine sociale non è una ragione per criticare comportamenti difformi. L'abitudine non presenta quello che Hart denomina "l'aspetto interno delle norme", che caratterizza invece le regole sociali.

Una regola sociale, dunque, si differenzia da una abitudine perché presenta un aspetto interno che si mostra nelle conseguenze che si verificano al tenere un comportamento deviante. Esiste una pressione sociale in favore della conformità, ma il punto centrale della questione è che il comportamento deviante costituisce una ragione per formulare delle critiche. Inoltre, tali critiche sono ritenute giustificate e sono tipicamente espresse tramite l'uso di un linguaggio normativo. Con le parole di Hart, dove esiste una regola sociale "le deviazioni sono generalmente considerate errori o colpe meritevoli di critica, e alla minaccia di deviazioni viene opposta una pressione in favore della conformità"<sup>30</sup> e "La critica della deviazione è considerata come legittima o giustificata"<sup>31</sup>. Ma ciò che contraddistingue specificamente le regole sociali è "l'aspetto interno delle norme [...] per l'esistenza di una norma sociale è necessario che almeno alcuni considerino il comportamento in questione come un criterio generale di condotta che il gruppo nel suo complesso deve seguire. Una norma sociale ha un aspetto "interno", in aggiunta all'aspetto esterno che ha in comune con un'abitudine sociale e che consiste nel comportamento conforme e regolare di cui un osservatore può rendersi conto"<sup>32</sup>.

La letteratura giusfilosofica ha in vario modo insistito sulla configurazione di tale aspetto interno. In particolare, sembra averne fatto un elemento non rilevabile esternamente. Ma se così fosse, avere un atteggiamento non sarebbe una questione di comportamento. L'aspetto che contraddistingue le regole sociali, o "aspetto interno", concepito come un'atteggiamento che non si registra come una mera regolarità di comportamento, a causa dell'uso del termine 'interno', può condurre a confusione. Ad esempio, secondo Neil MacCormick, Hart (nega la possibilità di spiegare le regole facendo solo riferimento a regolarità esterne di comportamento. L'elemento ulteriore, dice MacCormick, è l'atteggiamento tenuto dai membri del gruppo la cui condotta

<sup>30</sup> H.L.A. Hart, *ivi*, p. 67.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> H.L.A. Hart, *ivi*, p. 68.

mostra l'esistenza della regola) “[...] is denying the possibility of explaining rules solely by reference to external regularities of behaviour. [...] The further necessary element is an element of attitude among members of a group whose behaviour does reveal such patterning”<sup>33</sup>.

Così operando, mentre si discute dell'accettazione delle regole sociali, ci si dimentica che l'accettazione è uno dei fattori definitori della stessa regola. Un fattore che viene manifestato esternamente non solo attraverso il rilievo della probabilità di una reazione ostile verso il comportamento deviante, ma soprattutto attraverso l'uso del linguaggio normativo che svolge la funzione di affermare che un determinato comportamento rientra nell'ambito della regola<sup>34</sup>. E “la violazione della norma non è soltanto la base per la predizione che seguirà una reazione ostile, ma è una ragione per questa ostilità”<sup>35</sup>.

Occorre rammentare, infatti, che c'è una differenza fra l'atteggiamento tenuto verso l'esistenza di una regola e l'atteggiamento tenuto nei confronti di un certo comportamento reiterato. Quando ci si interroga sull'accettazione di una regola sociale ci si interroga sull'atteggiamento tenuto verso una data condotta<sup>36</sup>, poiché l'accettazione è già un criterio definitorio della regola.

### 2.1. *Il mito degli accettanti morali*

L'aspetto interno delle regole sociali consiste nel ritenere la deviazione dal comportamento generalmente tenuto dai membri del gruppo una ragione per esprimere una critica giustificata. In questo modo si pone in evidenza che le regole sociali rappresentano ragioni per agire. La critica che viene mossa alla teoria hartiana sostiene che le ragioni per agire sono fondamentalmente ragioni morali e, dunque, in definitiva, l'accettante, ossia colui che esprime la critica, accetta il diritto per ragioni morali. Con ciò verrebbe meno la tesi della separazione fra diritto e morale e si aprirebbe la crisi del positivismo giuridico.

Hart cerca di offrire un modo per identificare il diritto, in particolare “In base alla [...] teoria hartiana], l'esistenza e il contenuto del diritto possono essere riconosciuti con riferimento alle fonti sociali del diritto (vale a dire, legislazione, sentenze giudiziarie, consuetudini sociali) senza riferimento alla morale, tranne nel caso in cui il diritto, riconosciuto in questo modo, ha esso stesso incorporato criteri morali per la propria identificazione”<sup>37</sup>.

Il giuspositivismo metodologico sostiene che affermare che esiste una regola non significa affermare che essa sia adeguata o corretta o giusta. Se accettare una regola sociale consiste nell'affermare l'esistenza di tale regola non ne deriva che sia concettualmente vincolata anche la valutazione del comportamento prescritto. Si può

<sup>33</sup> N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Arnold, London, 1981, p. 30

<sup>34</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 105-106.

<sup>35</sup> H.L.A. Hart, *ivi*, p. 108.

<sup>36</sup> “[...] if a social rule exists some at least must look upon the *behaviour* in question as a general standard to be followed by the group as a whole” (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 56) “per l'esistenza di una norma sociale è necessario che almeno alcuni considerino il *comportamento* in questione come un criterio generale di condotta che il gruppo nel suo complesso deve seguire” (Id., *Il concetto di diritto*, p. 68) nostro il corsivo nei testi.

<sup>37</sup> H.L.A. Hart, *Poscritto*, in Id., *Il concetto di diritto*, cit., p. 343.

sostenere che si tratta semplicemente dell'accettazione che un certo contenuto sia il contenuto di una regola. Se poi il concetto di norma giuridica include in sé anche che la norma sia una ragione per l'azione, allora si può dire che si accetta, per la ragione che sia, che un certo contenuto sia una ragione giuridica. Ma non si vede perché tale accettazione debba essere morale.

Occorre domandarsi allora se nella prospettiva hartiana l'accettazione delle regole sociali funziona nello stesso modo dell'accettazione di tutte le regole giuridiche? In sostanza, occorre chiedersi: quali sono i requisiti per essere accettante o adottare il punto di vista interno? Secondo una certa ricostruzione della nozione di accettazione, il punto di vista interno sarebbe adottato da coloro che hanno realizzato uno stato mentale di accettazione tanto da considerare la regola una ragione ultima per l'azione. Se così fosse, però, si può dire che solo i fanatici adottano il punto di vista interno.

L'accettazione, per contro, può essere vista anch'essa come un fatto, che si registra in modo uguale al comportamento regolare e che pertanto costituisce anch'essa un comportamento regolare ed esterno, e ciò è più che sufficiente per parlare dell'esistenza di una regola sociale. Tuttavia, seguendo certa letteratura in argomento, sembra necessario individuare coloro che possono dirsi "realmente accettanti", e questo deriva dal porsi la seguente questione: per quale ragione, che non sia la reale credenza nella correttezza della regola, non ci si limita all'adozione di un certo comportamento personale e invece si critica in modo ritenuto giustificato coloro che non realizzano il medesimo comportamento?

Occorre rammentare, a questo proposito, che coloro che agiscono compiendo azioni che riteniamo socialmente regolate, non agiscono come soggetti isolati, ma come membri di un gruppo e il fatto che gli altri membri del gruppo conoscano l'azione del soggetto in questione è un elemento che gioca un ruolo negli atteggiamenti e nelle opinioni dell'agente verso se stesso e verso gli altri. Il punto è che se l'accettazione fosse concepita a livello teorico come uno stato mentale interno non si potrebbe sapere chi è accettante e chi non lo è; e se "essere accettante" fosse ciò che ciascuno crede che sia essere accettante, allora l'espressione "essere accettante" non avrebbe usi corretti e scorretti. Infatti, è possibile affermare che vi sono degli effettivi accettanti proprio perché realizzare azioni verbali e no in certe circostanze socialmente ha la valenza di "essere un vero accettante".

Secondo Schiavello, tuttavia, la teoria di Hart è internalista<sup>38</sup>, come le teorie predittive, e l'unico modo per non esserlo sarebbe quello di caratterizzare in senso forte l'accettazione, ossia nel senso di un'accettazione morale. Questa prospettiva muove dall'interpretazione di alcuni passi contenuti in *The Concept of Law* che a nostro parere evidenziano la debolezza del positivismo hartiano nel non aver maggiormente evidenziato i fenomeni di interrelazione sociale.

Che il punto di vista interno debba essere caratterizzato come morale deriva a questo punto dal ritenere che la ragione per la critica sia morale. Dunque, se le norme sono ragioni per agire devono essere ragioni morali. Tuttavia, se, come scrive Schiavello, "accettare il diritto significa considerare il comportamento prescritto dalle regole

---

<sup>38</sup> Seguendo MacCormick "He has rejected the idea that rules are some kind of command or imperative. He has rejected the ideas that they can be represented as simple behavioural generalizations about outwardly observable regularities in human behaviour and that description of social "habits" can yield conclusions about social rules. He has rejected the related idea that they are only predictive propositions or grounds for predicting how people will act in certain circumstances. He has rejected the idea that they are merely expressions of human emotions or feeling", *Id.*, *H.L.A. Hart*, cit., p. 29.

giuridiche come un modello comune di comportamento”<sup>39</sup> non si vede perché debba essere una questione morale<sup>40</sup>.

Perché presupporre che l'accettazione della regola di riconoscimento sia di tipo morale?

In primo luogo, occorre segnalare che Hart caratterizza l'accettazione in modo tale da risultare direttamente connessa e vincolata a comportamenti e a standard di comportamento pubblici e condivisi, e non già con altre questioni interne, occulte o con la riflessione morale.

A proposito dell'accettazione della regola di riconoscimento è bene rammentare, infatti, che essa “esiste soltanto come una prassi complessa, ma di solito concorde, dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazione del diritto in riferimento a certi criteri”<sup>41</sup>. I criteri che offre la regola di riconoscimento “devono essere effettivamente accettati come criteri comuni e pubblici del comportamento ufficiale, da parte dei funzionari dell'ordinamento”<sup>42</sup>. Gli ufficiali “devono considerare queste norme [secondarie] come dei criteri comuni di comportamento ufficiale e valutare criticamente le deviazioni proprie e di altri come errori”<sup>43</sup>.

In secondo luogo, il mito dell'accettante morale si produce poiché si risponde affermativamente alla domanda sopra proposta, al fine di attribuire “onestà” o “sincerità” ai comportamenti ora menzionati, ci si chiede infatti perché mai adottare certi comportamenti se non si credono moralmente corretti? Viviamo forse in una società formata soltanto da strateghi autointeressati o ipocriti?

Sembra naturale o intuitivo presupporre che vi siano almeno alcuni partecipanti che accettano moralmente la regola di riconoscimento e che proprio per tale ragione sono partecipanti che danno vita alla regola stessa. Soprattutto se si tiene conto di ciò che è in gioco quando si usano le regole secondarie in un sistema giuridico, obbligando all'osservanza delle regole primarie: la materia, infatti, è quanto mai importante, poiché si tratta della vita delle persone e dei loro beni. Tuttavia, ciò che è certo, come riconosce lo stesso Schiavello, è che le pratiche non si generano nel vuoto, bensì ciascuno di noi nasce, per così dire, all'interno di una pratica determinata ed esistente. Ciascuno conserva la capacità di criticare moralmente la pratica nella quale partecipa, al contrario se la partecipazione implicasse l'adesione morale ciò non sarebbe possibile: o si partecipa o si critica. Ma è proprio questo dilemma che il giuspositivista vuole rifiutare attraverso la tesi della separazione.

Tuttavia, se anche si ammettesse che l'accettazione della regola di riconoscimento fosse morale, perché questo fatto metterebbe in pericolo la tesi della separazione?

Supponiamo che per concepire le nostre società come gruppi che hanno una condotta stabile per quanto attiene alla pratica giuridica di identificazione del diritto, la migliore opzione sia l'accettazione morale della regola di riconoscimento.

Questo cosa vorrebbe dire?

Una possibilità è considerare che il contenuto della regola di riconoscimento sia conforme alla morale critica dei partecipanti.

<sup>39</sup> A. Schiavello, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, cit., p. 301.

<sup>40</sup> Cfr. M.C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, C.E.C., 1996.

<sup>41</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 130.

<sup>42</sup> H.L.A. Hart, *ivi*, p. 137.

<sup>43</sup> H.L.A. Hart, *ivi*, p. 138.

Ma questi ultimi credono che la morale critica sia razionalmente fondata? Ossia credono all'oggettivismo morale? Oppure sono soggettivisti?

Dal punto di vista descrittivo, ossia esterno, ciò che fa il giuspositivista è riconoscere che i valori difesi dalla società nel suo complesso o da alcuni membri di essa (solo un dittatore?), sono riflessi nel diritto. Che la pratica di identificazione del diritto sia il riflesso dell'ideologia sociale non è mai stata una minaccia per la tesi della separazione.