

## CAPITOLO I

# HART E DWORKIN: LO SCONTRO DI DUE MODELLI DI DIRITTO

### 1.1. *Introduzione*

La teoria “costituzionalistica” di Ronald Dworkin, nella riflessione contemporanea, è ritenuta comunemente una tra le più significative ricostruzioni post-positivistiche del diritto. Circostanza che l’ha resa oltremodo famosa, ponendola per anni al centro dell’attenzione giuridica e filosofica internazionale, è stata senz’altro la disputa che l’allievo americano ha avuto con il suo maestro britannico Hart sul modo di intendere il diritto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Herbert Lionel Adolphus HART (Harrowgate, 18 luglio 1907-Oxford, 19 dicembre 1992) filosofo e giurista britannico, professore di *Jurisprudence* a Oxford, viene stimato come uno dei più autorevoli esponenti della filosofia del diritto del XX secolo. All’interno del contesto teorico giuridico sorto ad Oxford intorno alle figure di Ryle e di Austin, Hart applica, in modo innovativo, la metodologia analitica al linguaggio e alle istituzioni giuridico-politiche. Il pensatore britannico sottolinea innanzitutto la pluralità dei tipi di norme, definendo il diritto come insieme di norme primarie (prescrittive) e di norme secondarie (atte ad accertare, modificare, applicare giudizialmente le norme primarie), ripensando la norma fondamentale kelseniana come *norma di riconoscimento*, ossia come criterio usato di fatto dagli operatori giuridici per individuare le norme valide all’interno dell’ordinamento. Tra le opere principali si citano: *The concept of law* (1961, trad. it. *Il concetto di diritto*); *Law, liberty and morality* (1963, trad. it. *Diritto, morale e libertà*); *Kelsen’s doctrine of the unity of law* (1968); *Punishment and responsibility* (1968, trad. it. *Responsabilità e pena*); *Essays on Bentham* (1982); *Essays in jurisprudence and philosophy* (1983); e la raccolta di saggi in trad. it. *Contributi all’analisi del diritto* (a cura di V. Frosini, 1964).

Ancora oggi ferve la polemica sugli argomenti discussi, nonostante entrambi i pensatori abbiano lasciato ormai da tempo questo mondo e il suo intenso interrogarsi su questioni spesso irrisolvibili.

Il “vero” dibattito tra Hart e Dworkin – come osserva Scott J. Shapiro – riguarda lo scontro di due modelli di diritto molto diversi. “*Should law be understood to consist in those standards socially designated as authoritative? Or is it constituted by those standards morally designated as authoritative?*”

Quali sono gli elementi che costituiscono il diritto, i fatti sociali o i principi morali? Dworkin ritiene si possa dimostrare che alla base del diritto ci sono i principi morali. La scuola di Hart, invece, investita da una vivace polemica anti-positivista, reagisce sostenendo che Dworkin non sia in grado di supportare sufficientemente questa sua affermazione. “*As we will see, the positivist response has been to argue that Dworkin has shown no such thing*”<sup>2</sup>.

## 1.2. Il nucleo inviolabile dei diritti umani in Dworkin

La fonte dottrinale della teoria o filosofia del diritto costituzionalizzato, dunque, può essere individuata nella discussione che impegnò Herbert Hart, definito da noti studiosi l’erede novecentesco del giuspositivismo inglese, e Ronald Dworkin<sup>3</sup>, che della tradizio-

---

<sup>2</sup> S.J. SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*, “Michigan Law”, University of Michigan Law School, March 2007, p. 18.

<sup>3</sup> Ronald Myles DWORKIN (Worcester, 11 dicembre 1931-Londra, 14 febbraio 2013), docente di diritto a Oxford, è stato professore alla Law School della New York State University nonché *visiting professor* presso numerose università degli USA. Tra le sue opere sono citate: *Taking Rights Seriously* del 1977 (1982, trad. it. *I diritti presi sul serio*), saggio che segna l’avvio di una teoria etica dell’uguaglianza e del liberalismo, secondo la quale un ordinamento è giusto solo se assicura “uguale rispetto e considerazione” per tutte le concezioni della vita; *Matter of Principle* (1985, trad. it. *Questioni di principio*); *Law’s Empire* (1986, trad. it. *L’impero del diritto*, 1989), in cui il giudice, da Dworkin paragonato ad Ercole, deve fare appello alla migliore teoria etica e politica sul mercato delle idee, per poi “osare”, ovvero leggere il caso complesso alla luce di questa stessa teoria, nel-

ne costituzionalistica statunitense e del nuovo costituzionalismo post-bellico è stato ritenuto un precursore<sup>4</sup>. Tale teoria nega che il diritto sia riducibile, in base ai fondamenti del modello giuspositivistico, al solo diritto formalmente valido, e afferma, al contrario, che esso debba includere valutazioni di correttezza “morale” basate sui principi inclusi nel sistema costituzionale, al fine di garantire ciò che può essere definito il nucleo “inviolabile” dei diritti umani. La connessione fra diritto e morale è la *prima* tesi caratteristica del nuovo costituzionalismo postbellico secondo la quale regole giuridiche e valori morali sarebbero connessi per mezzo dei principi costituzionali.

Nello Stato costituzionale, in altri termini, la morale non andrebbe considerata, come accade nello Stato legislativo, esterna al diritto positivo, bensì interna. Libertà, solidarietà, dignità umana, uguaglianza, sono, ad esempio, alcuni dei valori morali che il diritto incorporerebbe grazie ai principi costituzionali<sup>5</sup>.

---

la convinzione che l’etica pubblica non sia il dominio dell’arbitrarietà, ma il campo in cui teorie di peso diverso si confrontino tra loro. Nel libro che è stato dato alle stampe poco prima della sua scomparsa, *Justice for Hedgehogs* (2011, trad. it. *Giustizia per i ricci*, 2013), il pensatore americano difende un’antica tesi filosofica: quella dell’unità del valore. Il titolo del libro si riferisce a un verso – reso celebre da Isaiah Berlin – che si può far risalire al poeta greco Archiloco, secondo cui le volpi fanno molte cose, ma di minore entità rispetto a ciò che fanno i ricci. Essi, infatti, conoscono una cosa sola, ma grande: il valore in tutte le sue forme. La difesa di tale unità consiste in una corretta comprensione dei valori i quali, come uguaglianza e libertà, secondo Dworkin, non possono mai confliggere tra loro.

<sup>4</sup> Sull’argomento cfr. B. LEITER, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, in “American Journal of Jurisprudence”, vol. 48, 2003, il quale sostiene che il dibattito Hart/Dworkin cominciò quando il pensatore americano scrisse *Il modello delle regole* (p. 17) rifiutando le quattro dottrine che egli attribuisce ad Hart: “The Hart/Dworkin debate begins with Dworkin’s 1967 paper ‘The Model of Rules’, which attributes to Hart four doctrines, all of which Dworkin rejects: that law consists of ‘rules’ (understood as legal standards that differ from what Dworkin calls ‘principles’); that legal rules are identified via a ‘rule of recognition’, that is, ‘by tests having to do not with their content but with their pedigree’; that where a rule does not control a case, judges have discretion; and that in those cases where judges have discretion, neither party has a pre-existing legal right to prevail”. *Ivi*, pp. 4-5. Cfr. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi Editore, Modena 2012, p. 27 ss.; R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino 2001, special. p. 123 ss.

<sup>5</sup> Dalla collaborazione di Dworkin con Sebastiano Maffettone, docente univer-

### 1.3. *La virtù sovrana dello Stato costituzionale*

Si può accennare brevemente, con riferimento al valore dell'uguaglianza, che Dworkin parla di uguaglianza di "risorse", condizione che, realizzata, permetterebbe ai valori di uguaglianza e libertà di coesistere. Tale visione può essere letta come una risposta "liberal" agli indirizzi di pensiero che assolutizzano i diritti di proprietà, negando ogni idea di redistribuzione poiché incompatibile con i diritti individuali (così come fa, ad esempio, Robert Nozick).

La posizione di Dworkin può essere inquadrata nell'ambito del *luck egalitarianism*, o egualitarismo della fortuna, che tenta di coniugare l'esigenza dell'uguaglianza a quella della responsabilizzazione: a ciascuno vanno assegnate uguali risorse, sebbene tutti saranno liberi, in seguito, di usarle come meglio credono, subendo le conseguenze delle proprie scelte. Occorrerà ricorrere alla cosiddetta "azione affermativa", ovvero al trattamento preferenziale dei membri di gruppi sociali svantaggiati (ad esempio, nell'accesso alle università o ai contratti pubblici), diretta esclusivamente a superare condizioni sfavorevoli per garantire uguaglianza sostanziale. I membri degli altri gruppi non godranno del trattamento preferenziale, ma ciò non indicherà un minore rispetto o considerazione nei loro confronti<sup>6</sup>.

Al di là dell'ideale meritocratico, il pensatore americano ritiene che in uno Stato costituzionalista si debbano appianare non solo le

---

sitario e primo Presidente della Società Italiana di Filosofia Politica, nasce, nel 1996, *I fondamenti del Liberalismo*. Il volume si divide in due parti in cui gli autori, partendo dal presupposto comune secondo il quale la filosofia politica liberale deve trovarsi in linea di continuità con il suo retroterra etico, danno origine a due indirizzi di analisi filosofica paralleli e indipendenti. Mentre Dworkin sviluppa un originale modello di teoria morale basato sulla nozione di "sfida", di cui, a suo avviso, non può non essere caratterizzato il liberalismo etico, Maffettone esamina la questione della compatibilità tra pensiero etico-politico normativo e pluralismo delle visioni del mondo che reputa il problema centrale del liberalismo critico.

<sup>6</sup>G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, *Ronald Dworkin: i diritti presi sul serio, l'uguaglianza e i fondamenti della moralità politica*, in "MicroMega", 11 marzo 2013, p. 3 <http://ilrasoioidioccammicromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2013/03/11/>.

differenti condizioni economiche e sociali di partenza tra gli individui, ma anche le differenze “naturali”, ovvero le diverse abilità fisiche e mentali che la natura dà in dote a qualcuno e a qualcun’altro no, consentendo maggiore successo economico ad alcuni rispetto ad altri. “A tal fine Dworkin immagina che si mettano all’asta le risorse che ciascuno possiede, sia le risorse esterne (i beni posseduti), sia le risorse interne (le capacità). Tale asta determina il valore delle risorse che ciascuno possiede, e chi si trova a possedere risorse aventi un valore superiore avrà l’obbligo di ridistribuire l’eccedenza a vantaggio di chi è stato meno fortunato”<sup>7</sup>.

Sui modi di incorporazione dei valori come l’uguaglianza nello Stato, tuttavia, i singoli studiosi divergono; alcuni ritengono che tale connessione sia necessaria, ovvero valida per qualsiasi diritto, altri che sia solo contingente, cioè esclusiva del diritto costituzionalizzato: i più sostengono posizioni “sfumate”, considerando in ogni caso i rapporti diritto-morale il problema principale che una filosofia post-positivista deve affrontare<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 4. “In concreto, ciò giustifica, data la differenza nelle risorse possedute da ciascuno, meccanismi di redistribuzione finanziati dalla tassazione che mirino alla concretizzazione di programmi volti a limitare le ‘diseguaglianze’”.

<sup>8</sup> Un’altra posizione caratteristica del costituzionalismo postbellico “è la distinzione *forte*, ossia strutturale e dicotomica, fra *regole* e *principi*: classi di norme mutuamente esclusive e congiuntamente esaustive. Le regole sarebbero prescrizioni ipotetiche della forma ‘Se fatto *x* allora conseguenza *y*’ (‘se omicidio, allora pena della reclusione’); i principi, norme con premessa aperta o prive di premessa (‘La vita è sacra’, ‘Tutti gli uomini sono uguali’). La tesi della distinzione forte – avanzata in Dworkin 1977, abbandonata in Dworkin 1984, ma poi ripresa fra gli altri da Alexy 1985 e Atienza, Ruiz Manero 1996 – viene oggi rifiutata, per ragioni opposte, sia da alcuni giuspositivisti (Ferrajoli 2010), sia da taluni neocostituzionalisti (Figueroa 2009). La maggioranza dei teorici, d’altra parte, difende una distinzione *debole*, funzionale e non-dicotomica”. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, cit., pp. 28-29. Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 2010; R. DWORKIN, *Law’s Empire*, 1986, trad. it. *L’impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano 1990; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna 2012; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona 1996; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in “Giuri-

#### 1.4. *Il diritto come pratica sociale*

La teoria dworkiniana, come analisi del significato e delle conseguenze giuridiche dello Stato costituzionale, tenta una ricostruzione del sistema giuridico ponendo in primo piano la sua base, e precisamente l'individuazione dei cosiddetti diritti "inviolabili", perseguendo l'obiettivo di rivalutare il significato, l'origine e l'evoluzione di essi in ogni settore della "pratica" sociale<sup>9</sup>.

L'idea del diritto come pratica sociale, muovendo dalla critica al giuspositivismo e alla teoria "analitica" di Hart, si differenzia dalle altre attività dello stesso tipo per la sua natura interpretativa. Una pratica sociale contiene, inevitabilmente, alcuni elementi fondamentali: un insieme di dettami di comportamento, che testimoniano il comune sentire di una specifica comunità, e regole che indirizzano al conseguimento di un preciso scopo o valore. Il positivista dovrebbe concordare con Dworkin – scrive Scott J. Shapiro – che, per superare i dissidi teorici e accertare una corretta metodologia interpretativa, occorre individuare lo scopo della prassi del diritto; dovrebbe condividere, cioè, che una corretta metodologia interpretativa per un determinato sistema giuridico è innanzitutto una funzione che meglio si armonizza con gli obiettivi di quel sistema<sup>10</sup>.

Solo nell'eventualità in cui si possa mettere in evidenza quale sia lo scopo, o il valore di riferimento, delle regole di una comunità, è possibile successivamente identificare una pratica sociale e de-

---

sprudenza costituzionale", LV, 2010, pp. 2771-2816; A. GARCIA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid 2009.

<sup>9</sup> Cfr. G. BONGIOVANNI, *La teoria "costituzionalistica" del diritto di R. Dworkin*, Ed. Cortina, Milano 1999.

<sup>10</sup> S.J. SHAPIRO, *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide For The Perplexed*, cit., p. 42. "[...] the positivist should also maintain with Dworkin that in such cases proper interpretive methodology for a particular legal system is primarily a function of which methodology best harmonizes with the objectives of that system".

finirla “unitaria”<sup>11</sup>. Tale compito è realizzabile a partire da un’interpretazione “costruttiva” e non più “semantica” del diritto, che abbia quale punto di partenza la determinazione dei suoi contenuti, ovvero l’individuazione dei concetti che sono alla sua base, seguita, poi, da un’interpretazione “costruttiva” dei suoi valori di riferimento<sup>12</sup>.

Per stabilire cosa sia il diritto occorre dunque interrogarsi “su quale sia la migliore prospettiva dalla quale guardare alla pratica sociale cui appartiene il diritto, la prospettiva che possa meglio consentirci di individuare norme atte a governare la comunità poli-

---

<sup>11</sup> Cfr. D. PATTERSON, *Diritto e verità*, ed. it. a cura di M. MANZIN, Giuffrè, Milano 2010. L’esempio che Dworkin propone in modo paradigmatico è la prassi sociale della cortesia. Egli immagina come in una comunità in cui i membri dispongano di una serie di regole che prescrivono determinati comportamenti di cortesia da tenere in varie circostanze – come, ad esempio, la regola che impone di togliersi il cappello di fronte ad un uomo d’alto lignaggio – all’inizio osservino tali regole in modo quasi automatico, ma gradualmente comincino ad acquisire la consapevolezza che deve pur esistere un motivo, uno scopo, per il quale occorre adottare proprio quel determinato comportamento. Non è detto, tuttavia, che i membri di una stessa comunità si trovino d’accordo nella definizione degli scopi. Pertanto spetterà a ciascun membro della comunità proporre ciò che possa mettere la prassi sociale nella sua “luce” migliore.

<sup>12</sup> Uno degli aspetti più interessanti della concezione dworkiniana del diritto, come prassi costruttiva ed interpretativa, è rappresentato dal rapporto tra intersoggettività e normatività giuridica. Per Dworkin, la normatività del diritto va ricondotta interamente alle convinzioni interiori del soggetto interpretante: “L’impero del diritto è caratterizzato dall’attitudine – interpretativa –, non dal territorio, dal potere o dal suo processo”. D. PATTERSON, *Diritto e verità*, cit., p. 383. Nel corso della fase preinterpretativa, ogni interprete ha un’idea sostanzialmente uniforme sui principali aspetti specifici dell’usanza. Nel momento in cui si giunge alla fase interpretativa vera e propria, l’interprete, secondo il suo proposito, “proponrà un argomento che spieghi, perché può essere utile, ammesso che lo sia, studiare un’usanza generica di questo tipo” (*Ibid.*) Alcuni valori sono ottenuti sulla base dell’esigenza per la quale il valore proposto “deve consentire, all’interprete, di vedere se stesso nell’atto di interpretare quell’usanza, e non in quello di inventarne una nuova” (*Ibid.*). In questa fase, la scelta dei valori terrà conto di tutte le proposte, che, benché diverse tra di loro, potrebbero risultare adeguate alle circostanze del caso. La scelta definitiva tra le varie alternative, avverrà nella fase conclusiva del processo interpretativo. Definire il diritto come concetto interpretativo, significa concepirlo come *pratica sociale* interpretativa: il diritto dipende dal riferimento a valori e perciò da considerazioni morali.

tica, secondo la (corretta) moralità politica che attribuiamo alla stessa. In questa visione, definire cosa prescrive il diritto in determinate condizioni e situazioni presuppone l'individuazione dei valori che ispirano e debbono ispirare la prassi giuridica: Dworkin pone esplicitamente questo legame e sostiene che l'interpretazione e l'applicazione del diritto dipendono 'da valori'"<sup>13</sup>.

### 1.5. *La risposta dell'accademia di lingua inglese*

L'opera di Dworkin può dunque essere letta come lo sviluppo armonico di un'unica tesi fondamentale, quella della connessione tra diritto e moralità politica<sup>14</sup>. Il diritto implica valutazioni morali, la cui fondatezza si evince non solo dal loro accoglimento da parte di giudici e cittadini, ma specialmente dalla loro sostanziale correttezza: si tratta di principi compresi nel sistema costituzionale per garantire e tutelare una serie di diritti posti alla base della comunità. Il concetto di "comunità fondata su principi" sintetizza la dimensione "costituzionale" dell'esperienza giuridica contemporanea, intesa quindi come accettazione di "contenuti morali" da parte del diritto in riferimento agli obiettivi da raggiungere con l'attività pubblica.

È opportuno tuttavia puntualizzare che sebbene il nuovo costituzionalismo postbellico, e dunque anche il pensiero dworkiniano,

---

<sup>13</sup>G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, *Ronald Dworkin: i diritti presi sul serio, l'uguaglianza e i fondamenti della moralità politica*, cit., p. 2.

<sup>14</sup>Nell'opera *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, 2000), viene elaborata la teoria secondo cui gli individui sono titolari di diritti fondati su principi morali, i quali sono antecedenti agli obiettivi espressi dalle decisioni politiche; considerazioni, queste, "essenzialmente contrarie alle due concezioni contemporanee che più hanno influito sulla teoria liberale: il liberalismo politico di John Rawls e il pluralismo dei valori di Isaiah Berlin". In *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2011, trad. it. di V. Ottonelli, *Giustizia per i ricci*, ed. Feltrinelli, Milano 2013, Dworkin sostiene che il diritto è espressione della moralità politica.



venga spesso presentato rigidamente come *la* teoria del diritto dello Stato costituzionale che si oppone al giuspositivismo quale teoria del diritto dello Stato legislativo, tale presentazione “forse enfatizza eccessivamente le differenze fra i due tipi di diritto, escludendo la possibilità di una teoria generale valida per entrambi”<sup>15</sup>.

Tra diritto e morale, infatti, secondo Hart, non vi è *separazione* quanto piuttosto *separabilità*. Diritto e morale possono essere legati da molte relazioni *contingenti, fattuali, empiriche*, ma tra i due termini non si rilevano relazioni *necessarie, concettuali, analitiche*.

L'accademia di lingua inglese risponde alla sfida del nuovo costituzionalismo approdando a tre versioni della Tesi della *separabilità* tra diritto e morale, che corrispondono a tre diverse forme di giuspositivismo<sup>16</sup>: inclusivo, esclusivo e normativo, che sono ancora oggi argomento di intense dispute filosofico-giuridiche. La Tesi della separabilità pare essere interpretata come relativa non al *quid ius*, cioè, alla definizione del diritto – alla maniera di Hart,

---

<sup>15</sup> Espressioni quali “Stato costituzionale” e “democrazia costituzionale”, “sono state coniate nella stessa epoca di ‘costituzionalismo’ e per affrontare lo stesso problema: il totalitarismo, come patologia tipica della democrazia novecentesca (Schmitt 1927; Friedrich 1953; Loewenstein 1957). Oggi, filosofi politici e politologi oppongono ‘democrazia costituzionale’ a ‘democrazia parlamentare’ proprio come giuristi e teorici del diritto oppongono ‘Stato costituzionale’ a ‘Stato legislativo’: ciò che potrebbe far pensare, in entrambi i casi, a due specie dello stesso genere. In realtà, si tratta semmai di fasi di uno stesso processo evolutivo: di effetti non intenzionali di atti intenzionali anteriori, e le cui fasi successive dipendono comunque dalle precedenti. [...] per effetto di conflitti e di autentiche rivoluzioni, più che di semplici riforme, gli originari Stati giurisdizionali si sono evoluti in Stati legislativi, e questi in Stati costituzionali”. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, cit., pp. 31-33. Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1927), trad. it. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano 1984; K.J. FRIEDRICH, *Der Verfassungsstaat die Neuzeit*, Springer, Berlin 1953; K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, Chicago 1957.

<sup>16</sup> Cfr. T. MAZZARESE, *Towards a Positivist Reading of Neo-Constitutionalism*, in “*Jura gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*”, 18, 2008, pp. 345-364; A. SCHIAVELLO, *Positivism inclusivo, oggettività ed interpretazione del diritto*, in L. TRIOLO (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 165-196.

Alexy e Nino – bensì al *quid iuris*, cioè, alla *identificazione* del diritto, che serve a individuare le fonti applicabili da parte dei giudici<sup>17</sup>.

Inteso come teoria del solo diritto dello Stato costituzionale, in

---

<sup>17</sup> Riassumendo, i giuspositivisti ritengono che il diritto positivo si identifichi sulla base delle sue fonti sociali e sia separabile dalla morale; tale separabilità viene interpretata secondo diverse modalità: empirica, analitica e normativa, che danno origine, rispettivamente, al giuspositivismo inclusivo, esclusivo e normativo. Secondo gli inclusivisti, il diritto *non necessariamente* sarebbe identificato in base alla morale; secondo gli esclusivisti, il diritto *necessariamente non* sarebbe identificato in base alla morale. Per Raz, giuspositivista esclusivo, la separabilità sarebbe una sorta di connessione identificativa necessaria negativa, e benché la sua tesi risulti pretenziosa come quella della connessione giusnaturalista, enuncia che il diritto per definizione non possa essere identificato in base alla morale. Un altro giuspositivista esclusivo, Frederick Schauer, suggerisce una possibile connessione identificativa contingente tra diritto e morale. Il diritto si presume possa identificarsi sulla sola base delle proprie fonti, ovvero – si consenti l'espressione – *moribus solutus*: sarebbe il diritto stesso a qualificare le norme come giuridicamente valide, vigenti o applicabili. “Questa presunzione, peraltro, è vincibile ricorrendo a quelle valutazioni morali positivate che sono i principi costituzionali; questi non permettono solo di interpretare in conformità alla costituzione le norme legislative esplicite: permettono altresì di integrarle con norme implicite”. Il *giuspositivismo presuntivo* (ingl. *presumptive positivism*), in alternativa ai giuspositivismi inclusivo ed esclusivo, adotta la presunzione che siano giuridiche le sole disposizioni identificate in base alle proprie fonti dallo stesso diritto, ma ammette che esse possano essere interpretate ed eccezionalmente integrate in base ai principi costituzionali. La *terza* reinterpretazione della Tesi della separabilità, tipica del giuspositivismo *normativo*, o *etico*, spiega questo: il diritto *non deve* essere identificato in base alla morale. I giuspositivisti normativi dicono forse più chiaramente quel che Raz dice oscuramente: non è che, per definizione, il diritto *non possa* essere identificato in base alla morale, il punto è che *non deve* esserlo. Cfr. M. BARBERIS, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 17, 39-43. Cfr. J. RAZ, *The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism*, in G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart, Oxford and Portland (Or.) 2007, p. 21; J. GARDNER, *Legal Positivism: 5 and 1/2 Myth*, in “American Journal of Jurisprudence”, 46, 2001, p. 223; C.S. NINO, *Derecho, moral y política* (1994), trad. it. *Diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 15-35; Cfr. J.J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2005, pp. 225-244; J. COLEMAN, *Second Thoughts and Other First Impressions*, in B. BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Clarendon, Oxford 1998, p. 265; F. SCHAUER, *Playing by the Rules* (1991), trad. it. *Le regole del gioco*, il Mulino, Bologna 2000, pp. 301-315.

ogni caso, si può prendere atto che il costituzionalismo postbellico sia riuscito a sollevare alcuni problemi urgenti per la filosofia del diritto contemporanea. Dworkin, ad esempio, acutamente sostiene che occorre revocare “la comune opinione che la filosofia del diritto (*philosophy of law*) sia una disciplina separata dalla pratica del diritto”: in effetti essa non può fare a meno di occuparsi tanto del diritto *com'è*, quanto del diritto come *deve essere*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Diritto com'è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, in “Ragion pratica”, 21, 2003, 325-345, p. 334.



## CAPITOLO 2

# DWORKIN/HART: L'ANNOSO CONFLITTO

### 2.1. *Introduzione*

Succedendo sulla cattedra di Oxford ad Herbert Hart, Dworkin finisce col contrapporsi sempre più nettamente alle tesi giuspositiviste del suo maestro, secondo cui il diritto sarebbe identificabile in base a procedure e non a principi morali. Nel costruire una teoria che sia in grado di spiegare la complessità di un ordinamento giuridico moderno, infatti, Hart prende le mosse dalla teoria del diritto come insieme di ordini coattivi – nonostante ne metta in rilievo alcuni evidenti errori – poiché essa presuppone la giusta valutazione del fatto per il quale, laddove esiste il diritto, il comportamento sociale umano diventa obbligatorio, ovvero non facoltativo.

Tuttavia, sebbene il pensatore britannico sostenga la separazione di diritto e morale – tanto che Dworkin, come osserva Jori, muove una severa accusa alla *plain fact theory*, ovvero “l'accusa per cui Hart ed il positivismo giuridico richiederebbero che il diritto sia sempre e solo identificabile in base a fatti (procedurali?) e non a criteri morali”<sup>1</sup> – egli non disconosce che vi possa essere un in-

---

<sup>1</sup> M. JORI, *L'ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata*, in “Ragion Pratica”, 21, 2003, 405-434, p. 411. Dworkin, come osserva Jori, critica anche la *pedigree theory*, cioè il criterio dell'origine delle norme e delle procedure e delle autorità che le producono, senza tener conto dei principi di cui il diritto è composto. La distinzione tra due forme di positivismo “è stata oggetto di un'ampia discussione in tempi recenti nella teoria del diritto angloamericana. La terminologia ronaldworkiniana, impiegata nel testo, di *soft positivism* e

treccio originario di relazioni tra la dimensione giuridica e la moralità sociale degli uomini. Hart ammette, ad esempio, come osserva Diciotti, “che ogni ordinamento giuridico presenti un contenuto in gran parte conforme alla morale diffusa nella società in cui ha esistenza”<sup>2</sup>.

Certamente esiste, per il filosofo e giurista di Oxford – scrive Cattaneo – una connessione tra il diritto e la morale, e, “pur mantenendo la tesi che, all’interno di un ordinamento giuridico, una norma validamente emanata è giuridica anche se ingiusta o dannosa, [egli] afferma che se un ordinamento non ha un certo contenuto, non contiene almeno certe prescrizioni (relative soprattutto alla proibizione della violenza tra gli uomini), non può dirsi giuridico, in quanto viene meno alla propria funzione fondamentale di garanzia dell’ordine e di regola del comportamento umano”<sup>3</sup>.

La posizione singolare di Hart, riguardo a questo argomento nodale, mostra come non si possa certo “far rientrare la sua dottrina semplicemente nell’ambito del ‘giusnaturalismo’ o del ‘positivismo giuridico’, e costituisce un’ulteriore conferma della relatività di tale contrapposizione e della complessità e varietà di significato di questi due termini”<sup>4</sup>.

---

*plain fact positivism* è persa ad alcuni (a ragione) troppo compromessa con i testi ronaldworkiniani, cosicché molti preferiscono parlare di *inclusive positivism*, che ammetterebbe il riferimento o il rinvio a norme morali, e di *exclusive positivism* che non lo ammetterebbe”.

<sup>2</sup> E. DICCIOTTI, *Herbert L. A. Hart: The Concept of Law, la morale e la norma di riconoscimento*, in “Ragion Pratica”, 21, 2003, 381-393, p. 386.

<sup>3</sup> M.A. CATTANEO, *Introduzione a H.L.A. HART, The Concept of Law*, Clarendon, Press, Oxford 1961, trad. it. M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965<sup>2</sup>, p. XVII.

<sup>4</sup> *Ivi*, p. XVIII. La sua dottrina, infatti, si basa su argomentazioni svolte sia da Hobbes che da Hume con l’ammissione di alcune verità indiscutibili sulla natura umana, per esempio quella dell’autoconservazione, del mantenimento delle promesse e della tutela della proprietà, che danno vita al *contenuto minimo* del diritto naturale, ovvero un nucleo di significati necessari e comuni sia alla morale che al diritto positivo da cui scaturisce necessariamente l’idea dell’obbligo. *Ivi*, p. XVII. Per approfondire questa interessante tematica, cfr. J.L. CHABOT, S. GAL, C. TOURNU, *Figures de la médiation et lien social*, Deuxième partie, *La fonction média-*

## 2.2. *Il rule following hartiano*

Il presupposto essenziale per verificare l'efficacia di un sistema giuridico si ottiene constatando la presenza, in una percentuale significativa dei membri di un gruppo sociale, di quello che Hart chiama "punto di vista *interno*", ovvero della volontà positiva di riconoscere ed accogliere un modello di comportamento previsto dalle norme come criterio per la condotta propria e per quella altrui. Il punto di vista interno può essere osservato "dall'*esterno*" al fine di comprendere l'attività di *rule following* che si svolge nell'ambito di un gruppo sociale. Una regola, infatti, nasce e vive grazie al ruolo attivo dei suoi destinatari, i quali non si limitano ad "osservarla" da un punto di vista *esterno*, ma la accolgono da un punto di vista *interno* come modello della propria condotta<sup>5</sup>.

Il contrasto rilevato in termini di aspetto *interno* e di aspetto *esterno* delle norme, secondo Hart, è di grande importanza per comprendere non solo l'origine del diritto ma anche la struttura di ogni società. Le norme di un gruppo sociale, infatti, possono essere analizzate sia dal punto di vista di un osservatore che non le accetta in prima persona, sia dal punto di vista di un membro del gruppo che le accetta e le mette in atto come criteri di condotta propri; punti di vista che si chiamano, appunto, rispettivamente "esterno" ed "interno".

Se l'osservatore si mantiene su un punto di vista rigorosamente esterno e non si immedesima col punto di vista interno dei membri

---

*trice du droit*, L'Harmattan, Parigi 2006, pp. 143-159. V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1997; G.R. CARRIÒ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna 1980, pp. 121-124.

<sup>5</sup> Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino 2004. Sull'argomento del punto di vista interno ed esterno delle norme, analizzato da altre angolazioni, cfr. J. DICKINSON, *Legal rules. Their Function in the Process of Decision*, in "University of Pennsylvania Law Review", n. 79, 1931, p. 833; L.J. COHEN, *The Principles of World Citizenship*, cap. III, Basil Blackwell, Oxford 1954; U. SCARPELLI, *Punto di vista interno e punto di vista esterno alle norme*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna 1980, pp. 343-347.

del gruppo che rispettano le norme, la spiegazione del loro comportamento non potrà avvenire in termini di obbligo o di dovere.

La spiegazione sarà data, al contrario, in termini di regolarità di condotta, di prescrizioni, di probabilità, di indizi, ecc. “Per un osservatore di questo tipo, le deviazioni, da parte di un membro del gruppo, dalla condotta normale, costituiranno il segnale della probabilità dell’avverarsi della reazione ostile, e nulla di più.

La sua prospettiva sarà simile a quella di chi, avendo osservato per un po’ di tempo il funzionamento di un semaforo in una strada piena di traffico, si limita a dire che quando la luce diventa rossa vi è una forte probabilità che il traffico si arresti. Questi considera la luce semplicemente come un *indizio* naturale *del fatto che* la gente si comporterà in certi modi, così come le nuvole sono un *indizio del fatto che* verrà la pioggia”<sup>6</sup>.

In tal modo, l’osservatore smarrisce la dimensione specifica della vita sociale del gruppo che sta osservando, e non riesce a cogliere il criterio di condotta e il senso dell’obbligo dal punto di vista interno.

Il punto di vista esterno, dunque, secondo Hart, è *predittivo* e si limita a constatare le regolarità rilevabili del comportamento, ma non spiega il meccanismo che permette alle norme di operare come modelli regolativi della vita dei membri di una società, i quali, nelle varie situazioni e nei vari rapporti dell’esistenza in comune, conformano a tali modelli la loro condotta, e su di essi fondano legittimamente pretese, richieste, concessioni.

Per costoro, la violazione di una norma non rappresenta soltanto il presupposto di una reazione ostile, ma è la *ragione* di questa ostilità.

### 2.3. *La posizione centrale e privilegiata dell’obbligo in Hart*

Hart perfeziona una teoria dell’obbligo che va inclusa tra le manifestazioni “positive” della dottrina – a giudizio di Bobbio – per la

---

<sup>6</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, trad. it. M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965<sup>a</sup>, p. 107.



“posizione centrale e privilegiata” riconosciuta alla figura. La parola “obbligo”, infatti, racchiude la figura di un legame che vincola, e finisce col distinguere le norme giuridiche da altre possibili norme.

Bobbio indica in cinque punti le ragioni di questa “posizione centrale”: il terzo punto offre molti spunti all’analisi della nozione formale di obbligo, che diventa uno dei criteri più validi per criticare “le teorie realistiche o predittive, contro le quali è in parte diretta la sua opera, che rivaluta e rafforza, attraverso la distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno, la considerazione normativa del diritto”<sup>7</sup>.

La critica di Hart nei confronti della nozione di obbligo si rivolge contro “il modello di Bentham” a cui si associano le “nozioni predittive” che si possono rinvenire “nelle opere di O.W. Holmes e dei realisti americani”<sup>8</sup>.

Bentham ha affermato che il dolore è “costitutivo” dell’obbligo in tutte le sue forme e che ci sono diverse fonti da cui esso scaturisce; “queste fonti sono le diverse sanzioni”<sup>9</sup>. Il filosofo britannico cerca di assimilare e risolvere la “connessione predittiva” nella “connessione normativa” di obbligo. Obbligo e dovere, e le altre locuzioni utilizzate dalla terminologia normativa, quali “si deve”, “è necessario”, “bisogna”, indicano certi tipi di comportamento come “modello da seguire” e “criteri” di giudizio<sup>10</sup>.

Il profilo predittivo di obbligo, ovvero “l’obbligo come predi-

---

<sup>7</sup> N. BOBBIO, *Considerazioni in margine*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna 1980, pp. 135-144; G. GAVAZZI, *In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell’obbligo giuridico*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, cit., pp. 125-134.

<sup>8</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di obbligo*, in *Problemi di teoria del diritto*, cit., pp. 107-116. Per un approfondimento della dottrina di O.W. HOLMES, cfr. *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, antologia a cura di S. CASTIGNONE, il Mulino, Bologna 1981 e S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Giappichelli, Torino 2002.

<sup>9</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 132.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 67 ss.

zione di una reazione ostile nel caso di deviazione”, cui si rimane vincolati dal punto di vista esterno, scompare se ci si colloca dal punto di vista interno, che consente di inquadrare il profilo puramente normativo e formale di obbligo come criterio di giudizio e di condotta<sup>11</sup>.

Tuttavia, il fatto che le norme impongano obblighi, e che siano generalmente sostenute da una forte pressione sociale, non significa, per Hart, che esse suscitino automaticamente sentimenti di costrizione o di pressione. Un incallito imbroglione, ad esempio, può avere l'obbligo di pagare l'affitto ma non sentire alcun senso di costrizione e darsi alla fuga senza adempiere al suo impegno. *Sentirsi* obbligati e avere un obbligo possono coesistere, tuttavia sono sentimenti differenti. Identificarli sarebbe un modo di falsificare, sulla base di concetti psicologici, l'essenziale aspetto interno delle norme<sup>12</sup>.

Nel corso degli anni, tanto i neogiusnaturalisti quanto gli stessi giuspositivisti hanno molto criticato la bipartizione hartiana di punto di vista interno e punto di vista esterno; e accogliendo un suggerimento di Neil MacCormick, peraltro, lo stesso Hart ha riconosciuto di dover trasformare la bipartizione in tripartizione “aggiungendo ai punti di vista interno ed esterno un punto di vista da lui chiamato ermeneutico (*hermeneutic point of view*)”. Il punto di vista ermeneutico verrebbe adottato dai giuristi, o scienziati giuridici, nel momento in cui “si mettano nei panni” dei partecipanti “al fine di studiare meglio il diritto”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 69, 106 ss.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 105.

<sup>13</sup> M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 90-91. Sull'argomento, cfr. anche F. VIOLA, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, n. 66, 1989, pp. 336-356; V. MARINELLI, *Il problema dell'ermeneutica giudiziaria*, in “Analisi e Diritto”, Torino 1998, pp. 145-158.

## 2.4. Giudizi di valore interni ed esterni dworkiniani

Dal suo canto, Dworkin, in contrasto con Hart, propone la distinzione tra giudizi di valore interni all'ordinamento, che possiederebbero una funzione conoscitiva, e giudizi di valore esterni all'ordinamento, che possiederebbero, invece, una funzione creativa<sup>14</sup>. Tuttavia, si può avanzare l'ipotesi secondo cui Dworkin probabilmente trascini fino alle estreme conseguenze ciò che Hart sostiene *sicut fundamenta* nel Capitolo nono intitolato *Diritto e morale* della sua famosa opera *The Concept of Law* del 1961.

Hart, infatti, seppur rifacendosi all'*analytical jurisprudence* non possa non concordare con la tesi dell'avalutatività della conoscenza giuridica, elaborando una definizione del diritto secondo cui esso viene nettamente distinto dalla morale, riconosce, come si è detto, che vi sia un'interdipendenza originaria, risalente ai primordi delle comunità umane, tra la sfera giuridica e quella della morale convenzionale<sup>15</sup>.

La tenacia o la *serietà* della pressione sociale nei riguardi delle norme è l'elemento fondamentale che decide se le norme siano o non siano fonte di obblighi e se, pertanto, risultino necessarie per il mantenimento della vita sociale o di alcune sue caratteristiche fondamentali, come quelle che ostacolano l'esercizio indiscriminato della violenza e favoriscono la sopravvivenza<sup>16</sup>. “Così anche le norme

---

<sup>14</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, spec. pp. 150-290; ID., “Natural Law” Revisited, in “Univ. Florida L. Rev.”, 1982, pp. 165-188; ID., *The Philosophy of Law, Introduction*, Oxford University Press, Oxford 1977, *passim*; ID., *Law's Empire*, Cambridge 1986, p. 45 ss., 114 ss., 276. Cfr. sull'argomento G. REBUFFA, *Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riforma del diritto naturale*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1980, p. 209 ss.; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano 1982, *passim*; G. ZACCARIA, *R. Dworkin e l'ermeneutica*, in ID., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996, p. 197 ss.

<sup>15</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., special. pp. 219-232.

<sup>16</sup> Le verità elementari, che Hart definisce “truismi”, sono colte in modo perspicace da Hobbes e Hume, i quali imperniano l'elemento centrale della loro teoria giusnaturalistica sul modesto scopo della sopravvivenza, riconoscendo nel *per-*

che impongono l'onestà o la sincerità o esigono il mantenimento delle promesse, o stabiliscono ciò che deve fare una persona che esercita una funzione speciale nel gruppo sociale vengono concepite in termini di 'obbligo' o, forse più spesso, in termini di 'dovere'<sup>17</sup>.

Scrive Hart in *Diritto, morale e libertà*: la verità è che "poiché tutte le morali sociali, quale che sia il loro contenuto, perseguono in qualche misura valori universali come la libertà individuale, la sicurezza della vita, la protezione dal danno cagionato deliberatamente, ci saranno sempre molte cose nella morale sociale meritevoli d'essere conservate anche a sacrificio di quegli stessi valori che l'imposizione giuridica esige"<sup>18</sup>.

Considerato l'insieme dei fattori e dei bisogni sociali, si può affermare che l'emanazione di sanzioni in un ordinamento statale è una *necessità naturale* e che forme di protezione delle persone, della proprietà e delle promesse, sono caratteristiche di un *contenuto minimo* di diritto naturale irrinunciabili nel diritto statale.

Con tale replica, osserva Lon Fuller, Hart mostra appunto di staccarsi risolutamente "dalla più radicale tesi giuspositivistica, secondo cui il diritto può avere qualsiasi contenuto (per questo si è potuto parlare da parte di alcuni di un giusnaturalismo moderato del secondo Hart)"<sup>19</sup>.

---

*severare in esse suo* lo stadio più basso del fine e del bene per l'uomo. Che gli uomini vogliano vivere è indubitabile, osserva Hart, poiché l'enorme maggioranza di essi desidera farlo anche a costo "di un'orrenda miseria". H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 223-224.

<sup>17</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 104 e anche i capp. VIII e IX, pp. 183-246. Sull'argomento, cfr. H.S. MAINE, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, John Murray, Londra 1861, trad. it. *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, Giuffrè, Milano 1998; A. LOCHE, *Moralità del diritto e morale critica. Saggio su Herbert Hart*, Franco Angeli, Milano 1997; H.L.A. HART, J. RAWLS, *Le libertà fondamentali*, La Rosa Editrice, Torino 1994.

<sup>18</sup> H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, introd. di G. GIACOZZI, Bonanno editore, Catania 1968, p. 86 ss.

<sup>19</sup> L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, a cura di A. DAL BROLLO, Giuffrè, Milano 1986, pp. XIX-XX.

## 2.5. I giudizi di valore in funzione conoscitiva e in funzione creativa

La distinzione dei giudizi di valore in funzione conoscitiva e giudizi di valore in funzione creativa avanzata nella teoria dworkiniana, identificabile nella spiegazione che i primi sarebbero sottoponibili ad una verifica scientifica di coerenza con l'ordinamento, mentre i secondi sfuggirebbero ad ogni controllo; gli uni gioverebbero alla conoscenza, gli altri consentirebbero un'evoluzione dell'ordinamento tramite un'estensione o un ammodernamento delle scelte basilari del sistema, non ha tuttavia più nulla da condividere con le posizioni giuspositivistiche del maestro di Oxford. Essa raccomanda infatti un uso proficuo dei valori, da un lato come strumento di conoscenza, dall'altro come mezzo di produzione di diritto<sup>20</sup>.

Nel dibattito giusfilosofico recente, si nota un'attenzione diffusa proprio sul giudizio di congruenza delle conclusioni normative sia in rapporto ai valori vigenti entro il sistema giuridico (su cui riflette, tra gli altri, Neil MacCormick), sia in relazione a valori e aspettative di valore esistenti all'esterno, ovvero nella "forma di vita" sociale di riferimento (prospettata anche nelle teorie di Aulis Aarnio).

Viene così posto in risalto un binomio di giudizi di valore conoscitivi-creativi che comporta un connaturato elemento ermeneutico e un'implicazione etico-politica della scienza giuridica<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Questa vistosa frattura rompe la fragile linea di continuità rilevata tra il pensiero di Dworkin e quello di Hart. Cfr. V. VILLA, P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*, in "An. dir.", 2000, p. 256 ss. Cfr. V. VILLA, "Inclusive legal positivism" e neogiusnaturalismo: lineamenti di un'analisi comparativa, in "Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos", 2000, 43, p. 33 ss.; G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in "An. dir.", 1996, p. 205 ss.

<sup>21</sup> N. MACCORMICK, *Diritto, morale e positivismo giuridico*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (1986), trad. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1990, pp. 157-179; A. AARNIO, *On Truth and Acceptability*

Per Dworkin, le decisioni giudiziarie devono essere sempre coerenti con il postulato di *equal concern and respect*, poiché l'obbligatorietà delle norme, e l'obbedienza ad esse, può ritenersi legittima solo se vige il requisito dell'integrità all'interno di una comunità sociale in cui i suoi membri accettino di "essere governati da principi comuni, e non soltanto da regole derivanti da compromessi politici", su una linea coerente di rispetto di valori come equità e giustizia<sup>22</sup>.

La questione di "principi" e "valori" e del loro rapporto con la produzione di "norme" e "regole", è tuttavia chiarito da quanto sostiene Barberis, il quale, su ciò che definisce "il gran parlare di morale e di valori che si fa oggi a proposito del diritto costituzionale", afferma che ci troviamo di fronte in realtà a un pregio e due difetti. "Il pregio è sollevare il problema dello statuto metaetico dell'interpretazione costituzionale: problema che non può certo eludersi riducendo il diritto a fatto, come talvolta si pretende faccia il giuspositivismo metodologico. Il giuspositivismo metodologico non sostiene che il diritto sia un fatto, ma che sia conoscibile come un fatto: che 'la descrizione riman[ga] tale anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione' (Hart 1994, 314)"<sup>23</sup>.

---

*of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*, in "Rechtstheorie", 1981, fasc. 2, p. 33 ss.; ID., *On Legal Reasoning*, Turun Yliopisto, Turku 1977, p. 126 ss.; ID., *The Rational as Reasonable. A Treatise on legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio 1987; A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, in "Metatheorie juristischer Argumentation", hrsg. VON R. ALEXY, W. KRAWIETZ, Berlin 1983, pp. 9-87, special. pp. 58-87.

<sup>22</sup> R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., p. 199 ss. Per un approfondimento di questa trattazione cfr. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2005, in particolare pp. 85-95; ID., *Teorie «Costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Clueb, Bologna 2000.

<sup>23</sup> "Il diritto può ben essere conosciuto come un fatto, in particolare, pur restando parte integrante dell'etica, insieme con la morale e la politica; il diritto costituzionale, ancor più in particolare, può divenire oggetto di un'indagine metaetica specificamente interessata ai rapporti fra le diverse sfere dell'etica: rapporti che il nuovo costituzionalismo tende a ridurre a problemi d'interpretazione di testi

Nel discorrere di valori a proposito del diritto costituzionale, il primo difetto “è suggerire che il consenso quasi universale goduto dalle dichiarazioni dei diritti umani fornisca un argomento decisivo per l’oggettività dell’etica”; il secondo, e più grave, “è occultare che il ruolo del diritto è pur sempre fornire soluzioni normative e non meramente assiologiche ai casi della vita: la funzione del diritto, anche costituzionale, è pur sempre dirci cosa dobbiamo fare, non cosa dobbiamo credere”<sup>24</sup>.

---

giuridici”. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, cit., pp. 54-55. Cfr. H.L.A. HART (1994), *PostScript*, trad. it. *Poscritto* a ID., *The Concept of Law*, Einaudi, Torino 2002, pp. 305-358.

<sup>24</sup>“Per guidare il comportamento dei cittadini, o per fornire strumenti di soluzione dei problemi agli operatori, il diritto deve convertire i valori in norme: meglio se si tratta solo di regole, applicabili direttamente e deduttivamente alla condotta, ma spesso si tratterà solo di principi, volti a orientare e a controllare la produzione di regole. La distinzione fra valori e norme, fra discorsi valutativo e normativo, è comunque molto più netta di quanto si pensi di solito (Barberis 2011a, pp. 59-61); anche nel discorso della giurisprudenza e della dottrina costituzionale, di fatto, l’appello magniloquente ai valori di solito occultata un più prosaico ricorso a regole e principi”. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, cit., p. 56. Cfr. ID., *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2011a, pp. 59-61; ID., *Esiste il neocostituzionalismo?*, in “Analisi e Diritto”, 2011b, pp. 11-30.

