

**teoria del diritto
e filosofia analitica**
studi in ricordo di giacomo gavazzi

a cura di
tecla mazzarese



g. giappichelli editore

© Copyright 2012 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO
VIA PO, 21 – TEL. 011-81.53.111 – FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-2847-2

La pubblicazione del volume è stata finanziata in parte con i fondi di ricerca ex 60% di cui è titolare la prof. Tecla Mazzaresse e in parte con il FFO assegnato al Dipartimento di Scienze Giuridiche.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	VII
 Un convegno per ricordare Giacomo Gavazzi	
<i>Giacomo Gavazzi e la teoria generale del diritto. La provocazione della sobrietà stilistica e metodologica</i> di Tecla Mazzaresse	3
<i>Giacomo Gavazzi, teorico e filosofo del diritto</i> di Luigi Ferrajoli	23
<i>Gavazzi y la coherencia de los sistemas juridicos</i> di José Juan Moreso	39
<i>Le attenuazioni del principio maggioritario nella forma di stato libe- raldemocratica garantita</i> di Ernesto Bettinelli	49
<i>L'onere come figura processuale</i> di Michele Taruffo	61
<i>Rileggendo L'onere di Giacomo Gavazzi</i> di Paolo Comanducci	73
<i>L'onere e i diritti della persona</i> di Alessandro Pace	85
<i>Giacomo Gavazzi sulle antinomie</i> di Riccardo Guastini	93

	<i>pag.</i>
Altri contributi su Giacomo Gavazzi e la sua opera	
<i>Gavazzi e il punto di vista del bad man</i> di Silvana Castignone	105
<i>Giacomo Gavazzi e la teoria kelseniana della scienza giuridica</i> di Pierluigi Chiassoni	111
<i>Diritto e morale in Giacomo Gavazzi</i> di Giorgio Danesi	131
<i>I conflitti normativi e i diritti di libertà</i> di Enrico Diciotti e Mario Perini	137
<i>“Il Kelsen di Gavazzi”. Ricordo d’un amico sul filo della bibliografia</i> di Mario G. Losano	157
<i>La motivazione delle leggi, un nodo anzitutto teorico</i> di Claudio Luzzati	167
<i>Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento</i> di Giorgio Pino	183
<i>Like a Cheshire Cat</i> di Piero Pollastro	203
<i>L’onere e la situazione normativa di default</i> di Stefano Vicariotto	215
Appendice	
<i>Aspetti della teoria del diritto di Giacomo Gavazzi</i> <i>Un’intervista</i> di Marco Pesaresi (inedito, 1989)	229
<i>Giacomo Gavazzi. Nota bio-bibliografica</i> di Tecla Mazzaresse	239

Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento

Giorgio Pino *

Giacomo Gavazzi pubblica nel 1967 il suo libro su *Norme primarie e secondarie*, in cui sottopone a rigoroso scrutinio, con stile analitico, la varietà degli usi che la distinzione tra norme primarie e secondarie ha ricevuto nella teoria generale del diritto dalla seconda metà dell'800 in poi. Un capitolo del libro (il secondo) è ovviamente dedicato al modo in cui la distinzione figura nel *Concetto di diritto* di Herbert Hart, opera apparsa sei anni prima e già notevolmente influente nel dibattito giusfilosofico.

In questo saggio intendo riprendere, e ulteriormente sviluppare, alcuni spunti e alcune perplessità evidenziati da Gavazzi in merito all'impostazione hartiana della distinzione tra norme primarie e secondarie. In particolare mi occuperò del modo in cui alcune delle ambiguità presenti nella trattazione di Hart, e puntualmente evidenziate da Gavazzi, affliggano specificamente la norma di riconoscimento – fino a renderla un concetto ridondante, e potenzialmente vuoto. Ironicamente, la ridondanza della regola di riconoscimento emerge in maniera particolare proprio nel contesto dei sistemi giuridici “evoluti”, alla cui spiegazione e descrizione è dichiaratamente volto l'apparato concettuale sviluppato da Hart.

1. Norme primarie e secondarie in Hart

Gavazzi ha efficacemente notato che la trattazione hartiana della distinzione tra norme primarie e secondarie soffre di alcune rilevanti ambiguità¹. Hart infatti, nota Gavazzi, distingue tra norme primarie e seconda-

* Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società, Università di Palermo.

¹ G. Gavazzi [1967, cap. 2]. Tra gli altri autori che hanno sollevato perplessità analoghe sulla tipologia hartiana: L.J. Cohen [1962], N. Bobbio [1968]; J. Raz [1973], N. MacCormick [1981, p. 106], J. Ruiz Manero [1990, pp. 100-106], W. Waluchow

rie in non meno di tre modi diversi, e potenzialmente incompatibili.

In primo luogo, Hart traccia la distinzione in termini funzionalistici, o teleologici: i due tipi di norme svolgono una funzione sociale diversa. Le norme primarie impongono ai soggetti di compiere (o, più spesso, di astenersi dal compiere) un comportamento che essi probabilmente tenderebbero a non compiere (o, rispettivamente, a compiere); in tal senso, le norme primarie vanno contro i desideri dei soggetti, ed è esattamente questa la loro funzione. Le norme secondarie, invece, sono norme che permettono ai soggetti di realizzare più efficacemente ciò che essi desiderano fare (approntano delle “facilitazioni” allo svolgimento delle attività dei soggetti), tramite l’attribuzione di poteri². Questo modo di distinguere tra norme primarie e secondarie è chiaramente calibrato sul modo in cui le norme si indirizzano ai soggetti privati: le une imponendo loro obblighi e divieti, le altre conferendo loro poteri (variamente modellati sullo schema dell’autonomia privata)³.

In secondo luogo, Hart afferma che le norme primarie sono norme che regolano la condotta, mentre le norme secondarie sono norme che vertono sulle norme primarie (sono metanorme)⁴. Qui la differenza tra i due tipi di norme non è più funzionalistica, ma contenutistica. Inoltre, questa distinzione è potenzialmente incompatibile con la precedente: si pensi al caso di una norma che impone un obbligo di applicare un’altra norma: essa sarebbe norma primaria nel primo senso (perché impone un obbligo), e norma secondaria nel secondo senso (perché verte su un’altra norma).

Infine, Hart imposta talvolta la distinzione tra norme primarie e secondarie anche su un piano cronologico, e talvolta anche assiologico⁵. Nel primo senso, Hart afferma che le norme secondarie emergono nel passaggio da una società “semplice” ad una società più evoluta e complessa, per rimediare ai difetti che affliggono un *corpus* di sole norme primarie. Nel secondo senso, Hart afferma che le norme primarie sono in teoria autosufficienti (è possibile, anche se non molto efficiente, un ordine sociale retto

[1994, p. 75], L. Green [1996, p. 1699]. La categoria delle norme secondarie è ampiamente presente anche nella produzione teorico-generale di Bobbio (oltre che ovviamente, ma con un senso del tutto diverso, in Kelsen). E anche in Bobbio, come ha efficacemente mostrato Guastini [2004], questo concetto è utilizzato in molti modi diversi e non sempre tra loro compatibili.

² H.L.A. Hart [1961, pp. 81, 96, 97].

³ G. Gavazzi [1967, pp. 46, 48, 67]) nota che questa dimensione “privatistica” delle norme secondarie è enfatizzata soprattutto nel terzo capitolo di *The Concept of Law*. Gavazzi nota inoltre che dalla contrapposizione tra norme impositive di obblighi e norme attributive di poteri rimane esclusa un’ulteriore, rilevante categoria di norme giuridiche, le norme permissive. Si può però ipotizzare, a mio giudizio, che Hart ritenesse queste ultime del tutto incluse nella sua nozione di “potere” (le norme che conferiscono poteri sono rimesse, secondo Hart, al libero esercizio dei titolari); cfr. inoltre *infra*, nota 27.

⁴ H.L.A. Hart [1961, pp. 81, 94].

⁵ G. Gavazzi [1967, p. 60].

da sole norme primarie), mentre le norme secondarie esistono solo perché accessorie alle norme primarie. Anche questi due ulteriori criteri di distinzione non sono esenti da problemi: il primo perché finisce con l'offrire un quadro storico-antropologico eccessivamente semplificato dell'emersione del fenomeno giuridico nelle società umane⁶; il secondo perché vi è almeno un senso in cui un tipo di norma secondaria, la norma di riconoscimento, ha decisamente un tipo di priorità rispetto alle norme primarie: e cioè che, senza una norma di riconoscimento, non sarebbe possibile definire le norme primarie come norme *giuridiche*.

2. La norma di riconoscimento

Specialmente nella loro accezione più “pubblicistica”⁷, le norme secondarie sono da Hart distinte in norme di riconoscimento (Gavazzi talora le chiama “di accertamento”), di mutamento e di giudizio. È delle prime che ora mi occuperò, anche se come vedremo non sarà possibile separarle nettamente dalle altre due.

In breve, secondo Hart⁸ ogni sistema giuridico “evoluto” comprende una peculiare norma secondaria, la norma di riconoscimento, che indica i criteri per individuare come valide le norme primarie. Questa funzione può essere svolta in vari modi – tipicamente, indicando alcune caratteristiche il possesso delle quali permette di qualificare una certa norma come norma giuridica valida (appartenente al sistema). Se nel sistema rilevante il potere di produzione normativa è a sua volta regolato da norme (secondarie: di mutamento), allora la norma di riconoscimento includerà «necessariamente» un riferimento all'operatività di queste ultime⁹. Se vi è una molteplicità di fonti del diritto, la norma di riconoscimento normalmente indica un ordine di priorità tra esse¹⁰. Poiché costituisce un criterio ultimo di validità, la norma di riconoscimento non è essa stessa valida – non è né valida né invalida¹¹. Né è espressamente formulata, quantomeno in gran parte: la sua esistenza deve essere inferita dal modo in cui di fatto le corti individuano il diritto valido. In tal senso, la sua esistenza «è una questione di fatto»¹². Questa è, in estrema sintesi, la concezione hartiana

⁶ L. Green [1996], J. Waldron [1999].

⁷ G. Gavazzi [1967, p. 67] nota che questa dimensione “pubblicistica” delle norme secondarie è enfatizzata nel quinto capitolo di *The Concept of Law*.

⁸ H.L.A. Hart [1961, pp. 91-123].

⁹ H.L.A. Hart [1961, p. 96].

¹⁰ H.L.A. Hart [1961, pp. 95, 101, 106].

¹¹ H.L.A. Hart [1961, pp. 109].

¹² H.L.A. Hart [1961, p. 110; e anche pp. 108, 116].

della norma di riconoscimento. Essa però può essere utilmente integrata con alcuni ulteriori dettagli, non sempre chiaramente enunciati da Hart, ma progressivamente entrati a far parte della vulgata giuspositivista sulla norma di riconoscimento.

In primo luogo, Hart afferma ripetutamente che la norma di riconoscimento serve a convalidare (solo) le norme primarie del sistema. È però del tutto condivisa l'idea che in realtà la norma di riconoscimento convalidi *tutte* le norme (primarie e secondarie) del sistema¹³.

In secondo luogo, Hart assume solitamente che in ciascun sistema vi sia *una* norma di riconoscimento (anche se talvolta parla di *norme* di riconoscimento)¹⁴. Nella letteratura post-hartiana è però diffusa l'idea che in ciascun sistema giuridico vi possa essere più di una norma di riconoscimento, in almeno due sensi. In un primo senso, verticale, perché si può immaginare che diversi ufficiali (ivi incluse corti) di grado gerarchico e con competenze istituzionali diverse seguano norme di riconoscimento almeno in parte diverse¹⁵. In un secondo senso, orizzontale, perché è possibile che non vi sia completa coincidenza tra le norme di riconoscimento seguite dai vari ufficiali, anche di pari rango (in un senso non troppo rigido); è possibile cioè che vi sia un grado di disaccordo tra gli ufficiali in merito all'esatta estensione della norma di riconoscimento¹⁶, e che dunque gli ufficiali (tra cui le corti) finiscano col seguire norme di riconoscimento in parte diverse.

Infine, Hart sembra affermare che la norma di riconoscimento rinvii a criteri eminentemente formali, fattuali di validità (tipicamente, una norma è valida se è promulgata in esito ad una certa procedura), e che solo marginalmente faccia riferimento a criteri contenutistici di validità¹⁷. Più precisamente, in linea teorica una norma di riconoscimento potrebbe includere criteri contenutistici di validità in due modi diversi (ovviamente cumulabili): *a*) potrebbe imporre limiti sostanziali al contenuto delle norme ricavabili dall'interpretazione delle fonti, limiti del tipo di quelli derivanti da una costituzione rigida e garantita; oppure *b*) potrebbe stabilire in che modo, cioè con quali tecniche interpretative, deve procedere l'interprete

¹³ Cfr. J. Raz [1971, ried. 2009, p. 91].

¹⁴ H.L.A. Hart [1961, pp. 102, 104], dove Hart si riferisce alle *norme* ("rules") di riconoscimento.

¹⁵ J. Raz [1970, p. 200], P.M.S. Hacker [1977, p. 24].

¹⁶ H.L.A. Hart [1961, pp. 147-154] ammette che la norma di riconoscimento è affetta da "*open texture*" al pari di qualsiasi altra norma. Per una discussione di questo punto, cfr. M. Kramer [2004, pp. 105-110].

¹⁷ Questo è indicato dal ripetuto ricorso da parte di Hart a nozioni come "*enactment*" come principale criterio di validità; si veda H.L.A. Hart [1961, pp. 94, 95 («the fact of their having been enacted»), 96, 100, 101, 148, 209 («valid by the formal tests»)].

al fine di ricavare norme valide dalle fonti¹⁸. Ebbene, sembra che la norma di riconoscimento, come originariamente concepita da Hart, solo marginalmente contenga criteri del tipo *a*)¹⁹, mentre non contenga affatto criteri del tipo *b*)²⁰. Di conseguenza la norma di riconoscimento, come originariamente concepita da Hart, funziona come criterio per l'identificazione di *fonti* (formalmente valide), non di *norme* (materialmente valide)²¹. Come è noto, questa attenzione quasi esclusiva alla dimensione formale della validità giuridica è stato uno degli elementi della critica di Ronald Dworkin al positivismo hartiano²², che infine ha indotto Hart ad ammettere che il suo originario riferimento alla validità formale era solo una questione di enfasi: concettualmente, il suo modello di norma di riconoscimento è idoneo a rendere conto anche della validità materiale²³.

3. *Che tipo di norma è la norma di riconoscimento?*

Ciò detto, resta da vedere il problema della natura e della funzione della norma di riconoscimento.

Per un verso, il problema sembrerebbe chiarito da Hart stesso, che qualifica espressamente la norma di riconoscimento come una norma secondaria. Ma questo in realtà non fa che spostare indietro il problema, perché come abbiamo visto (§ 1) Hart stesso parla di norme secondarie in molti sensi diversi. Una lettura promettente potrebbe essere quella della norma di riconoscimento come norma che conferisce poteri. Ma in questo caso di che potere si tratterebbe esattamente? Inoltre, Hart afferma ripetutamente che la norma di riconoscimento è un test di validità, o una lista di criteri di validità; ma in che senso un test può conferire poteri? Infine, Hart dice che la norma di riconoscimento esiste se praticata dal punto di vista interno, e come tale se è usata come base per la critica giustificata

¹⁸ Ciò accadrebbe ove il ricorso ad una certa tecnica interpretativa fosse richiesto a pena di invalidità: si pensi, *a contrario*, al divieto di ricorso all'analogia in materia penale.

¹⁹ Uno dei pochi controesempi è H.L.A. Hart [1961, p. 204] «in some systems, as in the United States, the ultimate criteria of validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values»; (cfr. anche p. 72).

²⁰ Cfr. J. Raz [1986, p. 1107], e sull'opportunità di associare alla norma di riconoscimento distinte «*rules of interpretation*» W. Waluchow [1994].

²¹ Per la differenza tra validità formale e materiale, cfr. G. Pino [2010, cap. 2].

²² Cfr. R. Dworkin [1967].

²³ H.L.A. Hart [1994, pp. 250, 264-266]. Questa possibilità era già stata riconosciuta in Hart [1965, ried. 1983, p. 361]. Questi passaggi sono di solito considerati come la dimostrazione dell'adesione da parte di Hart al «*soft*» o «*inclusive positivism*»; ma se ne veda una attenta valutazione in L. Green [1996, pp. 1705-1709].

verso i comportamenti devianti; ma in che senso una norma che attribuisce poteri può essere usata come base per la critica di comportamenti devianti? Sembra che non possa sensatamente esserlo, a meno che non includa anche una componente obbligatoria²⁴. Oppure, la norma di riconoscimento potrebbe essere una norma secondaria in un altro senso: come norma che ha ad oggetto altre norme. Anche questa strada è promettente, ma occorre allora chiarire il modo in cui la norma di riconoscimento “verte su” le altre norme – la natura del rapporto tra la prima e le seconde.

Non si tratta di interrogativi oziosi, di mere speculazioni esegetiche. In fin dei conti, come dichiara lo stesso Hart, attorno alla norma di riconoscimento si sviluppano questioni centrali non solo della teoria del diritto (come il problema della validità, o quello dell’esistenza e dell’identificazione di un sistema giuridico, o il concetto stesso di fonte del diritto), ma anche della filosofia politica (principalmente, il problema dell’autorità e dell’obbligo politico)²⁵. La problematicità della nozione di norma di riconoscimento si è così riflessa nella varietà di interpretazioni – o forse di riformulazioni – che tale nozione ha subito nella letteratura teorico-giuridica post-hartiana.

Offrirò qui di seguito una breve panoramica di tali interpretazioni, al fine precipuo di fare emergere i principali problemi che affliggono ciascuna di esse (tendenzialmente ereditati dall’ambiguità della trattazione offerta dallo stesso Hart), e di tracciare le linee molto generali di un possibile approccio alternativo.

(a) *La norma di riconoscimento come norma che impone obblighi*²⁶. In base a questa interpretazione, che contraddice l’esplicita qualificazione operata da Hart della norma di riconoscimento come norma secondaria, la norma di riconoscimento è una norma che impone obblighi (e dunque di fatto ricondotta alla categoria delle norme primarie): essa impone ai giudici l’obbligo di applicare le norme (valide). Questa interpretazione è supportata da vari argomenti. Ad esempio, si dice che Hart riconosce solo due tipi di norme (quelle impositive di obblighi e quelle attributive di poteri) e, poiché la norma di riconoscimento non attribuisce un potere, allora

²⁴ G. Gavazzi [1967, p. 57, nota 28]. Si ricordi che Hart nega che la nullità sia equiparabile ad una sanzione, e dunque non la si può far rientrare nel concetto di «critica di un comportamento deviante» (la sanzione essendo la forma specificamente giuridica di pressione sociale contro i comportamenti devianti).

²⁵ G. Gavazzi [1967, pp. 43-44] nota comunque che Hart, pur annunciando la fecondità della nozione di norma di riconoscimento per l’analisi di entrambi i tipi di questioni indicati nel testo, ha poi limitato la sua indagine esclusivamente al primo ordine di questioni.

²⁶ P.M.S. Hacker [1977, p. 24], N. MacCormick [1981, cap. 9], L. Green [1988, p. 118], J. Coleman [2001, pp. 84 ss.], S. Shapiro [2009, p. 240] e [2011, p. 85].

può solo imporre obblighi²⁷. Un altro argomento è che Hart elabora una analisi specifica delle norme sociali come fonti di obblighi (la così detta “*practice theory of rules*”²⁸, mentre non elabora una analoga analisi dell’accettazione/esistenza delle norme che conferiscono poteri. E siccome la norma di riconoscimento esiste (solo) come norma sociale, allora non può che essere una norma che impone obblighi²⁹. Inoltre, il fatto che la norma di riconoscimento è una norma che impone obblighi è spesso considerato come il principale (o almeno il primo) elemento nella spiegazione della normatività del diritto³⁰.

Questo approccio alla norma di riconoscimento ha invero degli elementi condivisibili, e nel prossimo paragrafo ne difenderò una possibile riformulazione. Tuttavia soffre, almeno a prima vista, di alcune debolezze. Ad esempio, esso non spiega perché a volte i giudici hanno un dovere di non applicare il diritto valido, o viceversa hanno un dovere di applicare diritto non valido o anche norme non giuridiche (ritornerò su questo punto). Inoltre in questo approccio, a rigore, la norma di riconoscimento impone un obbligo di applicare le norme valide, ma non indica un criterio con cui individuare le norme valide. Pertanto, o il sistema contiene *aliunde* criteri di validità (estranei e indipendenti dalla regola di riconoscimento)³¹, o la norma di riconoscimento deve essere integrata con criteri di validità al proprio interno.

(b) *La norma di riconoscimento come norma che impone obblighi e come insieme di criteri di validità*³². In questa interpretazione, la norma di riconoscimento stabilisce *sia* un elenco di requisiti, soddisfatti i quali una norma può essere definita valida; *sia* un obbligo per i giudici di applicare le norme la cui validità è stata accertata in base ai suddetti criteri.

Questa interpretazione supera alcune delle difficoltà viste sopra al punto (a), ma resta pur sempre il fatto che talvolta i giudici hanno un ob-

²⁷ Cfr. S. Shapiro [2009, p. 239]. Questo argomento *e contrario* non è però irresistibile, perché Hart invero non considerava la dicotomia norme impositive di obblighi/norme attributive di poteri come esaustiva [1961, p. 32] e [1965, p. 358]. Tuttavia si deve ammettere che sarebbe un po’ strano se Hart avesse deciso di lasciare la norma di riconoscimento (che nel suo edificio teorico ha una ruolo a dir poco strategico) nella *terra incognita* dei tipi di norme diversi dalla coppia norme impositive di obblighi/norme attributive di poteri, e da lui non esaminati.

²⁸ Questa definizione si deve a J. Raz [1975, pp. 49-58]. In seguito è stata fatta propria dallo stesso Hart [1994, pp. 254-259].

²⁹ J. Raz [1971, ried. 2009, pp. 92-93], S. Perry [2009, pp. 305-308].

³⁰ Per uno sviluppo articolato di questo nodo teorico, cfr. J. Coleman [2001, capp. 6-10].

³¹ Questa sembra essere la posizione di N. MacCormick [1981, p. 115].

³² J. Raz [1971, ried. 2009, p. 93], M. Atienza, J. Ruiz Manero [1996, cap. 5], S. Perry [2009, pp. 305-306].

bligo giuridico di applicare diritto non valido (diritto straniero, giudizio di equità, norme invalide³³, norme abrogate), o di non applicare diritto valido³⁴. Talvolta un obbligo di questo tipo non deriva da una esplicita statuizione del diritto positivo, e tuttavia il ricorso a *standard* non giuridici o extra-sistemicici è considerato giuridicamente permesso, giuridicamente accettabile, o anche giuridicamente dovuto³⁵. Questi fenomeni, molto più ricorrenti di quanto potrebbe sembrare a prima vista, non sono spiegabili alla luce dell'interpretazione della norma di riconoscimento come norma che impone obblighi e come insieme di criteri di validità.

Inoltre, riunire nella norma di riconoscimento criteri di validità e obbligo di applicare le norme valide restituisce una concezione sostanzialmente kelseniana della validità come forza vincolante, la cui compatibilità con un coerente approccio giuspositivista è quantomeno dubbia³⁶, e che di sicuro non è attribuibile ad Hart³⁷.

(c) *La norma di riconoscimento come norma di chiusura*³⁸. Una ulteriore possibile funzione della norma di riconoscimento, spesso menzionata in aggiunta alle funzioni indicate nei punti (a) e (b), è quella di "norma di chiusura": nel senso che essa richiede alle corti di applicare *solo* le norme valide in base ai criteri da essa stabiliti. Questa interpretazione trova conforto anche in alcune affermazioni di Hart, che associa la norma di riconoscimento all'idea di sistema giuridico³⁹, cioè all'idea di un insieme unitario e chiuso di norme.

Questa interpretazione ha il difetto di trasformare una caratteristica contingente dei sistemi giuridici (la loro "chiusura") in una verità necessaria: nel senso che è solo contingentemente vero che ai giudici è vietato far ricorso ad argomenti extra-giuridici o extra-sistemicici nell'esercizio

³³ Ad esempio norme incostituzionali, la cui incostituzionalità però non sia stata accertata dalla Corte costituzionale. Per una dettagliata analisi teorico-giuridica di questo problema: K.E. Himma [2003], M. Kramer [2004, pp. 115-140], W. Waluchow [2009].

³⁴ W. Waluchow [1994, pp. 65-66, 77]: «not all the judges must (legally) apply is law validated by a rule of recognition; and [...] not all laws validate by a rule of recognition must be applied by judges»; per alcuni esempi J.J. Moreso [1997, pp. 155-163], G. Pino [2008, pp. 279-288, 294-299] e [2011 a].

³⁵ Un'ipotesi che si avvicina molto a quelle menzionate nel testo è il ricorso nell'argomentazione giudiziale a precedenti resi da corti straniere: cfr. ad esempio le decisioni della Corte Suprema USA *Roper v. Simmons* 125 S. Ct. 1183 (2005), e *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2483 (2003).

³⁶ Si veda la classica discussione da parte di A. Ross [1961].

³⁷ Cfr. J. Raz [1981, ried. 2009, p. 311]: «validity for him [viz., Hart] indicates just membership in a system established in a certain way. It has little to do with binding normative force».

³⁸ J. Raz [1971, ried. 2009, p. 93], N. MacCormick [1981, pp. 21, 110].

³⁹ H.L.A. Hart [1961, p. 95].

delle loro funzioni. Un sistema giuridico con qualche grado di “apertura” resta un sistema giuridico, come mostra l’osservazione di molti sistemi giuridici contemporanei.

(d) *La norma di riconoscimento come norma che attribuisce poteri*⁴⁰.

A prima vista, questa interpretazione sembra essere quella più fedele alla qualificazione, espressamente operata da Hart, della norma di riconoscimento come norma secondaria. Diventa allora cruciale capire che tipo di potere è specificamente attribuito dalla norma di riconoscimento (non è inutile ricordare che un potere giuridico consiste nella possibilità di cambiare la posizione giuridica di qualcuno – di terzi, o dello stesso titolare del potere).

Si tratta forse di un potere di *identificare* il diritto valido?⁴¹ È difficile capire come una simile attività possa essere oggetto di un potere, a meno che non lo si interpreti come un *potere di dichiarare autoritativamente e in maniera costitutiva cosa è diritto*. L’idea che sia configurabile un simile potere giuridico è talvolta emersa nel dibattito teorico-giuridico anche indipendentemente dal concetto di norma di riconoscimento⁴², e per certi versi è innegabile, ma presenta anch’essa degli aspetti problematici. In primo luogo, questa idea confligge con l’intuizione diffusa che le corti sono istituzioni cui è demandata l’applicazione, e non la creazione, del diritto, e questa distinzione si perde (o quantomeno sfuma) se il potere amministrato dalle corti è un potere di dichiarare il diritto valido. Inoltre, Hart distingue tra la definitività e l’infallibilità della sentenza – una decisione autoritativa, anche definitiva, può essere giuridicamente sbagliata (non cambia le regole che essa dovrebbe applicare)⁴³. In breve, se il diritto è autoritativamente determinato *erga omnes* dalle decisioni giudiziali (come conseguenza del fatto che le corti avrebbero un potere giuridico, in ipotesi attribuito dalla norma di riconoscimento, di dichiarare cosa è diritto), questo equivarrebbe a sostenere che la norma di riconoscimento autorizza le corti a creare diritto, e dunque sarebbe una norma di mutamento (e peraltro una norma di mutamento ben strana, a fronte del principio della separazione dei poteri normalmente adottato dai sistemi giuridici evoluti). Di contro, si potrebbe intendere il potere costitutivo delle corti come

⁴⁰ L.L. Fuller [1964, p. 137], R. Dworkin [1986, p. 34]: la norma di riconoscimento «assigns to particular people or groups the authority to make law».

⁴¹ A volte H.L.A. Hart [1961] *sembra* esprimersi in termini simili: là dove afferma che la norma di riconoscimento è una «rule for conclusive identification of the primary rules of obligation» (p. 95), e sulla relazione, e parziale sovrapposizione, tra norma di riconoscimento e norme di giudizio (p. 97).

⁴² Mi riferisco in particolare alla teoria kelseniana del carattere costitutivo delle decisioni giudiziali: H. Kelsen [1945, p. 135]; ma cfr. anche T. Mazza [1999].

⁴³ H.L.A. Hart [1961, pp. 141-147]. Cfr. anche J. Raz [1975, pp. 137-141] sui «systems of absolute discretion».

limitato al singolo caso di volta in volta deciso (e questo corrisponde al nucleo di innegabile verità racchiuso in questa interpretazione della norma di riconoscimento, e preserva la distinzione tra definitività e infallibilità della sentenza); ma in tal caso sembra che ci troviamo in presenza di una norma di giudizio (una norma che determina e disciplina l'esercizio della funzione giudiziaria), non della norma di riconoscimento.

A fortiori, infine, se il potere di dichiarare il diritto è attribuito ad organi della produzione giuridica propriamente intesi (e non ad organi dell'applicazione, come ipotizzato finora), allora la norma di riconoscimento è indistinguibile dalle norme di mutamento⁴⁴.

(e) *La norma di riconoscimento come norma che impone obblighi e conferisce poteri*⁴⁵. In questa interpretazione, la norma di riconoscimento imporrebbe alle corti l'obbligo di riconoscere certe fonti del diritto come vincolanti, e allo stesso tempo attribuirebbe loro il potere di effettuare atti autoritativi di identificazione del diritto in adempimento di quell'obbligo.

Mentre è a mio giudizio in gran parte plausibile (con le qualificazioni che dirò in seguito) l'aspetto di questa tesi che riguarda l'obbligo delle corti di utilizzare certe fonti, l'aspetto che riguarda l'attribuzione del potere è invece problematico. Invero, alla luce di quanto detto *sub* (d) non è difficile capire che questa interpretazione include nella norma di riconoscimento funzioni che, quantomeno nell'impostazione di Hart, sono tipicamente svolte dalle norme di giudizio. In tal modo, uno dei due concetti elaborati da Hart (la norma di riconoscimento e le norme di giudizio) diventa ridondante.

(f) *La norma di riconoscimento come elenco di criteri di validità*⁴⁶. Hart si riferisce ripetutamente alla norma di riconoscimento come ad un test, un elenco di criteri il cui soddisfacimento permette di affermare che una norma è valida⁴⁷; in tal modo, la norma di riconoscimento non costituirebbe una norma che impone obblighi, non richiederebbe alcuna condotta – sarebbe piuttosto una regola concettuale, al pari di una definizione: sarebbe la definizione di diritto valido in base al sistema giuridico di riferimento.

Questa interpretazione della norma di riconoscimento consente di separare la nozione di validità da qualunque elemento di obbligatorietà, e dunque ha quantomeno a prima vista le credenziali per far parte di un

⁴⁴ G. Gavazzi [1967, pp. 72-73].

⁴⁵ M. Kramer [2004, pp. 104-105].

⁴⁶ J.L. Cohen [1962, p. 408], G. Gavazzi [1967, p. 73], E. Bulygin [1976], D. Lyons [1984, p. 53], R. Caracciolo [1988, pp. 44-54], B. Leiter [2001, ried. 2007, pp. 66-68], A. Marmor [2001, pp. 1, 22, 32-33], E. Diciotti [2007], R. Guastini [2010].

⁴⁷ H.L.A. Hart [1961, pp. 103, 109, 110].

coerente approccio giuspositivista al concetto di diritto. Ma anch'essa è suscettibile della critica di ridondanza. Il punto è che se, come normalmente accade nei sistemi giuridici evoluti, i poteri di produzione giuridica sono regolati da norme (secondarie) di mutamento, la definizione delle condizioni di validità delle norme del sistema finisce con l'essere incorporata nelle stesse norme di mutamento: una norma è valida se la procedura relativa alla produzione di quel tipo di norma⁴⁸ è stata correttamente seguita dall'organo competente. Dunque la norma che attribuisce il potere di produzione normativa (la norma secondaria di mutamento) è la stessa norma che stabilisce le condizioni di validità delle norme prodotte tramite l'esercizio di quel potere. Di questo sembra consapevole lo stesso Hart, quando afferma che c'è una «*very close connection*» tra la norma di riconoscimento e le norme di mutamento, poiché la prima farà necessariamente riferimento all'operatività delle seconde⁴⁹. E inoltre, in vari punti in cui discute di poteri di produzione normativa (che sono oggetto delle norme di mutamento), Hart collega l'esercizio di tali poteri alla nozione di validità (che è oggetto della norma di riconoscimento)⁵⁰.

Secondo Hart, pertanto, una norma valida è nient'altro che una norma prodotta conformemente alle norme di mutamento rilevanti. Di conseguenza, concepire la norma di riconoscimento come un elenco di criteri di validità non aggiunge nulla a ciò che stabiliscono le norme di cambiamento del sistema⁵¹. La norma di riconoscimento diventa ridondante – una «*needless reduplication*»⁵² delle norme di mutamento.

La norma di riconoscimento così intesa conserva comunque, mi pare, due funzioni. Una prima funzione è quella di rappresentare una indicazione sintetica dei criteri di validità che operano come effetto delle norme di mutamento (una funzione sussidiaria, non indipendente rispetto alle norme di mutamento). Una seconda funzione, questa volta autonoma rispetto alle norme di mutamento, si ha invece quando nel sistema «entrano» norme non prodotte dagli organi ufficiali di produzione normativa (la cui attività è regolata dalle norme di mutamento); questo può accadere, ad esempio, quando una colonia «importa» parzialmente il diritto della ma-

⁴⁸ O atto normativo: nel seguito darò per sottintesa questa qualificazione, che pure renderebbe necessarie alcune importanti precisazioni.

⁴⁹ H.L.A. Hart [1961, p. 96]. Cfr. anche J. Raz [1971, ried. 2009, p. 95] là dove scrive «all the laws conferring legislative powers [...] determine criteria of validity».

⁵⁰ H.L.A. Hart [1961, pp. 31, 68-70, 72, 106, 148].

⁵¹ N. Bobbio [1968], N. MacCormick [1981, pp. 114-115], J. Waldron [2009], S. Perry [2009, pp. 307-308] e A. Marmor [2011, p. 49 nota 20] (che ammette che una definizione della norma di riconoscimento come elenco di criteri di validità la rende equivalente ad una norma di mutamento).

⁵² Questo è, notoriamente, il modo in cui Hart liquidò la *Grundnorm* di Kelsen: H.L.A. Hart [1961, p. 293].

drepatria; oppure quando un sistema giuridico riconosce *status* di diritto valido a norme non prodotte, in alcun senso plausibile, dagli organi del sistema (ad esempio la norma che stabiliva le condizioni alle quali si poteva considerare diritto valido la *opinio doctorum* nel diritto medievale e moderno, o la “legge delle citazioni” nel diritto romano). Ma, come dicevo, si tratta di casi del tutto marginali nei sistemi giuridici evoluti – quelli che Hart si proponeva di spiegare – che normalmente monopolizzano l’attività di produzione normativa.

(g) *La norma di riconoscimento come norma di convalida*⁵³. In tale interpretazione, la funzione della norma di riconoscimento sarebbe di fornire il fondamento di validità delle norme di mutamento apicali del sistema.

Questo modo di concepire la norma di riconoscimento ha il pregio di permettere di qualificare la costituzione (che normalmente contiene le più elevate norme di mutamento) come diritto valido, il che sembra coerente con il linguaggio e le intuizioni correnti dei giuristi e anche dei comuni cittadini. Inoltre, lo stesso Hart talvolta si riferisce alla norma di riconoscimento come qualcosa che sta “al di là” della costituzione. Ma in fin dei conti anche questa interpretazione non è convincente. Se “fondamento di validità” significa che la norma di riconoscimento impone un obbligo di applicare il diritto valido⁵⁴ (*à la* Kelsen)⁵⁵, allora la norma di riconoscimento diventa indistinguibile dalla posizione (a). E se invece “fondamento di validità” significa che essa indica un criterio di validità, allora si torna alla posizione (f). Per di più, questa posizione aggiunge alle tesi (a) o (f), o a entrambe, un livello ulteriore e superfluo – di fatto, nuovamente, una “*needless reduplication*”. Invero, se i giudici *già* usano la costituzione per identificare il diritto valido, o se i giudici *già* assumono la costituzione come vincolante (in breve, se i giudici *già* accettano la costituzione, o come regola concettuale o come norma che impone doveri), allora perché mai si dovrebbe supporre l’esistenza e l’accettazione di un’ulteriore norma che li dirige verso l’applicazione della costituzione⁵⁶? Palesemente, il lavoro è già fatto dalla costituzione, una volta che è accettata e utilizzata dalle corti.

⁵³ J. Finnis [2007, p. 44].

⁵⁴ L’idea di una norma di riconoscimento implicita che impone alle corti il dovere di applicare il diritto sembra assunta, ad esempio, da S. Shapiro [2011, p. 86]: «even though not explicitly mentioned in the text, it is part of federal constitutional law that judges are under such a duty [to apply the Constitution] because officials accept this mandate from the internal point of view».

⁵⁵ J. Waldron [2009, p. 346-348] parla in proposito di «the *Grundnorm* function».

⁵⁶ Cfr. S. Munzer [1972, p. 66 e cap. 3], R. Guastini [1997].

4. *Che ruolo per la regola di riconoscimento?*

Riassumiamo. Le varie interpretazioni cui è stato sottoposto il concetto di norma di riconoscimento sembrano oscillare tra due principali difetti. Per un verso, gli approcci alla norma di riconoscimento come norma che impone obblighi (e cioè quelli indicati *sub* (a), (b), (c), ed (e)) non possono spiegare facilmente perché le corti non hanno sempre un dovere di applicare il diritto valido; pertanto è inesatto⁵⁷ assumere che la norma di riconoscimento stabilisca criteri di validità e imponga un dovere di applicare le norme che soddisfano quei criteri. Per altro verso, gli approcci alla norma di riconoscimento come norma che attribuisce poteri o come norma definitoria (e cioè quelli indicati *sub* (d), (f), e (g)) non possono fare a meno di far collassare la norma di riconoscimento nelle norme di mutamento, o perfino nelle norme di giudizio. Il primo tipo di difetto rende la norma di mutamento un concetto inadeguato dal punto di vista esplicativo: ci sono alcuni fenomeni interessanti che sembrerebbero ricadere nel dominio della norma di riconoscimento, ma che la norma di riconoscimento non riesce a spiegare. Il secondo tipo di difetto rende la norma di riconoscimento un concetto ridondante: non ha una autonoma funzione da svolgere.

C'è un modo di riscattare la norma di riconoscimento da questi opposti difetti? Ritengo di sì, ma solo a condizione di abbandonare parti significative dell'originario approccio di Hart alla norma di riconoscimento. In quell'approccio, come abbiamo visto, la norma di riconoscimento è strettamente associata al concetto di validità – precisamente, è costitutiva del concetto stesso di validità. A ben vedere, però, sembra chiaro che negli ordinamenti giuridici evoluti questo ruolo è svolto da norme di altro tipo. La validità non è determinata dalla norma di riconoscimento, ma dalle norme che regolamentano le varie attività di produzione normativa – ossia, le norme di mutamento.

Dunque, qual è il ruolo, se ve ne è alcuno, per la norma di riconoscimento una volta che si sia reciso il legame con il concetto di validità? La possibilità che intendo esplorare è la seguente: la norma di riconoscimento è un insieme di considerazioni normative che dirigono le corti nelle operazioni di identificazione del diritto da applicare nelle loro attività istituzionali. Questo richiede alcuni chiarimenti.

Innanzitutto, le direttive che compongono la norma di riconoscimento non devono necessariamente avere la forma dell'obbligo: possono anche essere permessi (e dunque la norma di riconoscimento può essere qualifi-

⁵⁷ Intendo dire che questa sarebbe inesatta come spiegazione teorica di ciò che succede nell'applicazione giudiziale del diritto, mentre non è necessariamente una interpretazione inesatta del pensiero di Hart.

cata come norma che impone doveri, ma solo in un senso sufficientemente ampio e “rilassato”, che includa anche doveri “superabili” e permessi).

In secondo luogo, la norma di riconoscimento non indica alle corti di applicare necessariamente solo il diritto valido. Invero, anche se il diritto valido è normalmente idoneo ad essere applicato, la norma di riconoscimento può anche istruire le corti ad applicare *standards* di tipo diverso, come considerazioni morali, diritto straniero, diritto invalido, e così via. In breve, la norma di riconoscimento non è un insieme di criteri di *validità*, ma piuttosto un insieme di criteri di *applicabilità*⁵⁸; appartiene all’ambito del ragionamento giuridico anziché a quello della nomodinamica (cioè all’ambito della produzione del diritto valido).

In terzo luogo, in un sistema giuridico minimamente complesso la norma di riconoscimento, come è qui intesa, conterrà non solo un’indicazione di fonti del diritto, e una loro ordinazione gerarchica, ma anche un’indicazione di metodologie interpretative, e una loro ordinazione gerarchica⁵⁹: la norma di riconoscimento includerà la preferenza per alcune metodologie interpretative su altre, e possibilmente anche il divieto di ricorrere a certe metodologie interpretative.

In quarto luogo, la norma di riconoscimento è il concetto centrale che struttura il lavoro degli organi dell’applicazione – li dirige nel modo in cui essi svolgono i loro compiti istituzionali, riassume le ragioni che hanno per applicare il diritto. Di conseguenza, la norma di riconoscimento è normalmente oggetto di una accettazione di carattere etico-politico. Normalmente, gli ufficiali dell’applicazione adottano una certa norma di riconoscimento perché essa riflette i loro ideali fondamentali, e spesso non esplicitati, di legittimità politica del sistema⁶⁰. La norma di riconoscimento riassume la “ideologia giuridica” delle corti⁶¹. Ho qui più volte utiliz-

⁵⁸ Sul concetto di applicabilità, W. Waluchow [1994, cap. 3] (dove è definita «*institutional force*»); J.J. Moreso, P. Navarro [1996]; P. Navarro, C. Orunesu, J.L. Rodriguez, G. Sucar [2000], G. Pino [2010, cap. 2] e [2011 a].

⁵⁹ Vari autori hanno suggerito che i criteri di validità indicati dalla norma di riconoscimento dovrebbero essere integrati da criteri di interpretazione: cfr. N. Bobbio [1968, ried. 1971, pp. 187-188], K. Greenawalt [1987, ried. 2009, pp. 31-35], M. Kramer [2004, p. 148], E. Diciotti [2007, pp. 11-16].

⁶⁰ Cfr. N. MacCormick [1978, pp. 139-140]: «what must be essential to the “internal aspect” of the rule of recognition is some conscious commitment to pursuing the political values which are perceived as underpinning it»; cfr. anche p. 64; J. Raz [1998, ried. 2009, p. 334].

⁶¹ Si tratta di un concetto analogo a quello delineato da A. Ross [1958, pp. 75-76], secondo cui l’ideologia giuridica «consists of directives which do not directly concern the manner in which a legal dispute is to be settled but indicate the way in which a judge shall proceed in order to discover the directive or directives decisive for the question at issue». Un concetto a sua volta simile («il principio fondamentale») è utilizzato da U. Scarpelli [1965, cap. 7].

zato la qualificazione “normalmente”, perché non vi è alcun motivo di escludere la possibilità che alcuni ufficiali agiscano sulla base di motivazioni prudenziali, o conformiste. Tuttavia è ragionevole assumere che, empiricamente, l’adesione della gran parte degli ufficiali al sistema (tramite la norma di riconoscimento) si fondi su ragioni etico-politiche.

In quinto luogo, che cosa assicura l’unità di un sistema giuridico? Di sicuro, anche se la norma di riconoscimento è oggetto di adesione etico-politica (e dunque non può essere del tutto indipendente dalle preferenze sostanziali personali di ciascun ufficiale), è chiaro che ciascun ufficiale non è interamente libero di scegliere la norma di riconoscimento che soddisfa le sue preferenze etico-politiche. Ciascun ufficiale è inserito in una complessa struttura istituzionale che è il risultato di un processo storico, e di relazioni di potere profondamente radicate nella società di riferimento. Pertanto, normalmente (vale a dire, facendo eccezione per il caso dell’anarchico, dell’agente sotto copertura al soldo di uno stato straniero, ecc.), ciascun ufficiale sarà o pienamente sostenitore del sistema giuridico esistente⁶², o cercherà un compromesso tra i propri ideali fondamentali di legittimità politica e il sistema esistente – un compromesso tra il sistema giuridico come egli vorrebbe che fosse, e il sistema giuridico come effettivamente emerge dalle pratiche effettive di tutti gli altri ufficiali⁶³.

Ritengo che questa sia, fondamentalmente, anche la posizione di Hart (fatte salve le altre differenze prima indicate). Nonostante fosse solitamente riluttante ad indagare le ragioni che gli ufficiali possono avere per seguire una certa norma di riconoscimento⁶⁴, Hart comunque alla fine ammise che tali ragioni includono anche il fatto che altri ufficiali seguono una certa norma di riconoscimento⁶⁵. Ora, è certamente vero che il mero fatto dell’esistenza di una pratica (giuridica o di altro tipo) non è *di per sé* una ragione per prendervi parte⁶⁶. Ma è parimenti vero che, *se* qualcuno vuole prendere parte ad una certa pratica giuridica (perché ha certe idee *ex ante* sulla desiderabilità etico-politica della pratica, o perché ciò gli consentirebbe di conseguire uno *status* sociale desiderabile, o una busta

⁶² Mi sembra che questo sia il significato di ciò che MacCormick [1981, p. 109] chiama «*willing acceptance*». La nozione di accettazione del diritto è articolata ulteriormente in MacCormick [1996, pp. 183-185].

⁶³ Per una posizione affine a quella esposta nel testo, K. Greenawalt [1987, ried. 2009, pp. 8-9], J. Waldron [2005] e [2009, pp. 333-334].

⁶⁴ H.L.A. Hart [1961, pp. 107-108] esclude, ovviamente, che tali ragioni possano essere qualificate come ragioni giuridiche; ma a parte ciò non indaga, deliberatamente, sulla natura di quelle ragioni, ritenendo che tale indagine non rientri nell’ambito della teoria del diritto.

⁶⁵ H.L.A. Hart [1994, pp. 255, 267].

⁶⁶ Il punto è colto con chiarezza anche da un convenzionalista come A. Marmor [2001, pp. 22, 33].

paga gratificante, e così via), *allora* dovrà seguire le regole del gioco così come è giocato effettivamente – magari anche con l'intenzione di reinterpretarle, cambiarle, insistere per una loro riforma, ecc. E in questo senso è ovviamente vero, pressoché banalmente vero, che tra le ragioni che un giudice può avere per seguire le regole fondamentali della pratica giuridica c'è *anche* il fatto che altri attori partecipano negli stessi termini a quella pratica. Se non fosse così, si farebbe fatica a distinguere un giudice da uno scrittore di fantascienza.

In definitiva, dunque, la convergenza tra gli ufficiali su (grosso modo) la stessa norma di riconoscimento sarà il risultato di una sorta di “*overlapping consensus*”: gli ufficiali possono avere ideali parzialmente differenti di legittimità etico-politica (e anche opinioni differenti sulla legittimità etico-politica della pratica giuridica esistente), ma convergono su alcuni elementi fondamentali della pratica giuridica esistente: quantomeno, su un nucleo indiscusso di fonti del diritto⁶⁷. Ove non si verificasse una convergenza di base di questo tipo nelle pratiche ufficiali di identificazione del diritto, sarebbe alquanto difficile affermare che esiste un sistema giuridico.

Di conseguenza, la norma di riconoscimento non è interamente un dato preconstituito per coloro che la praticano; piuttosto, è costantemente soggetta a cambiamento⁶⁸, perché la pratica esistente subisce costantemente la pressione dei (parzialmente) differenti ideali di legittimità etico-politica presupposti dai vari ufficiali. Molti persistenti dibattiti tra i giuristi e molte divaricazioni tra orientamenti giurisprudenziali, come ad esempio la divisione tra originalisti, testualisti, attivisti, formalisti, ecc. possono essere raffigurati esattamente in questi termini: come tentativi di mettere in pratica norme di riconoscimento parzialmente diverse. Tali dibattiti si riducono, all'osso, a differenti modi di identificare (parte del) diritto che deve essere applicato dalle corti⁶⁹. Nel complesso, se volessimo trovare un'immagine per raffigurare il sistema giuridico, questa non sarebbe la nota figura della piramide, ma piuttosto la nave di Otto Neurath⁷⁰.

La norma di riconoscimento, dunque, anziché essere una lista di criteri di validità, è l'insieme dei criteri e delle considerazioni normative che guidano il giudice nelle sue attività di applicazione del diritto: può dirige-

⁶⁷ Questo è riconosciuto perfino da R. Dworkin [1986, pp. 65-67], quando menziona il ruolo del “*preinterpretive stage*” (i materiali interpretativi “grezzi” su cui c'è ampio accordo nella cultura giuridica di riferimento) come punto di partenza del procedimento interpretativo.

⁶⁸ J. Raz [1971, ried. 2009, p. 94].

⁶⁹ Un punto analogo è sollevato da L. Alexander, F. Schauer [2009, pp. 181-187].

⁷⁰ Per ulteriori riflessioni su questo punto, e in generale sul rapporto tra interpretazione giuridica e individuazione delle fonti del diritto, G. Pino [2011 b].

re il giudice verso l'applicazione di norme valide o, come pure può ben accadere, verso l'applicazione di norme e *standards* di altro tipo; e includerà anche un ordine di preferenza delle varie metodologie interpretative disponibili. Nel complesso, nei sistemi giuridici contemporanei, prodotti da complesse stratificazioni storiche, con molteplici livelli di fonti del diritto, e con complicate interazioni con altri sistemi giuridici, è abbastanza implausibile che la norma di riconoscimento consista di un insieme assiomatico, nettamente strutturato di criteri; più probabilmente, sarà un insieme di considerazioni normative defettibili⁷¹, che funzionerà più o meno come la ricerca di un equilibrio riflessivo.

Tale insieme di considerazioni normative sarà comunque, di solito, abbastanza riconoscibile, e le sue modalità operative anche sufficientemente prevedibili: rappresenterà il modo in cui ciascun ufficiale concepisce il proprio ruolo istituzionale, e il modo in cui svolgerlo regolarmente.

Riferimenti bibliografici

- Alexander, Larry - Schauer, Frederick [2009], *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*. In M. Adler, K.E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford, Oxford University Press, pp. 175-192.
- Atienza, Manuel - Ruiz Manero, Juan [1996], *Las piezas del Derecho*. Barcelona, Ariel, quarta ried. 2007.
- Bobbio, Norberto [1968], *Ancora sulle norme primarie e norme secondarie*. In "Rivista di filosofia", 1 (1968), pp. 35-53; ried. con il titolo *Norme primarie e norme secondarie*. In N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1971, pp. 175-197.
- Bobbio, Norberto [1975], *Per un lessico di teoria generale del diritto*. In *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*. Padova, Cedam, pp. 47-55, ried. con il titolo *Norme secondarie*. In N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino, Giappichelli, 1994, pp. 233-243.
- Bulygin, Eugenio [1976], *Sobre la regla de reconocimiento*. In J. Bacqué (ed.), *Derecho, Filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Buenos Aires, Astrea; ried. in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis Logico y Derecho*. Madrid, Centros de estudios constitucionales, 1991, pp. 383-391; trad. it. in E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino, Giappichelli, 1995, pp. 19-28.
- Caracciolo, Ricardo [1988], *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Cohen, L. Jonathan [1962], *Critical Notice*. In "Mind", 71 (1962), pp. 395-412.
- Coleman, Jules [2001], *The Practice of Principle*. Oxford, Oxford University Press.
- Diciotti, Enrico [2007], *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*. In "Diritto & Questioni Pubbliche", 7 (2007), pp. 9-42.

⁷¹ J. Waldron [2009, p. 339].

- Dworkin, Ronald [1967], *The Model of Rules*. In "University of Chicago Law Review", 35 (1967), n. 1, pp. 14-46.
- Dworkin, Ronald [1986], *Law's Empire*. Cambridge (MA), Bellknap Press.
- Finnis, John [2007], *On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact*. In "American Journal of Jurisprudence", 52 (2007), pp. 25-53.
- Fuller, Lon L. [1964], *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, seconda ed. 1969.
- Gavazzi, Giacomo [1967], *Norme primarie e norme secondarie*. Torino, Giappichelli.
- Greenawalt, Kent [1987], *The Rule of Recognition and the Constitution*. In "Michigan Law Review", 85 (1987), pp. 621-671, ried. in M. Adler, K.E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford U.P., Oxford, 2009, pp. 1-46.
- Green, Leslie [1988], *The Authority of the State*. Oxford, Clarendon Press.
- Green, Leslie [1996], *The Concept of Law Revisited*. In "Michigan Law Review", 94 (1996), pp. 1687-1717.
- Guastini, Riccardo [1997], *Conoscenza senza accettazione*. In L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*. Milano, Giuffrè, pp. 407-433.
- Guastini, Riccardo [2004], *Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi*. In "Analisi e diritto 2004", pp. 103-117.
- Guastini, Riccardo [2010], *The Basic Norm Revisited*. Relazione presentata all'incontro su *Legal Science and Legal Theory*, Oxford, 8 settembre 2010 (inedito).
- Hacker, P.M.S. [1977], *Hart's Philosophy of Law*. In P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford, Clarendon Press, pp. 1-25.
- Hart, Herbert L.A. [1961], *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, seconda ed. 1994.
- Hart, Herbert L.A. [1965], *Lon L. Fuller: The Morality of Law*. In "Harvard Law Review", 78 (1965), pp. 1281-1296; ried. in H.L.A. Hart *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 343-364.
- Hart, Herbert L.A. [1994], *Postscript*. In H.L.A. Hart *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, seconda ed. 1994, pp. 238-276.
- Himma, Kenneth Einar [2003], *Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States*. In "Journal of Law in Society", 4 (2003), n. 2, pp. 149-218.
- Kelsen, Hans [1945], *General Theory of Law and State*. Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Kramer, Matthew [2004], *Where Law and Morality Meet*. Oxford, Oxford University Press.
- Leiter, Brian [2001], *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*. In "Ethics", 111 (2001), n. 2, pp. 278-301; ried. in B. Leiter *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 59-80.
- Lyons, David [1984], *Ethics and the Rule of Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- MacCormick, Neil [1978], *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, seconda ed. 1994.
- MacCormick, Neil [1981], *H.L.A. Hart*. London, Edward Arnold.
- MacCormick, Neil [1996], *The Concept of Law and The Concept of Law*. In R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law*. Oxford, Clarendon Press, pp. 163-193.

- Marmor, Andrei [2001], *Positive Law and Objective Values*. Oxford, Clarendon Press.
- Marmor, Andrei [2011], *Philosophy of Law*. Princeton, Princeton University Press.
- Mazzarese, Tecla [1999], *Towards the Semantics of "Constitutive" in Judicial Reasoning*. In "Ratio Juris", 12 (1999), n. 3, pp. 252-262.
- Moreso, José Juan [1997], *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Moreso, José Juan-Navarro, Pablo [1996], *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*. In P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli, pp. 15-35.
- Munzer, Steven [1972], *Legal Validity*. The Hague, Martinus Nijhoff.
- Navarro, Pablo - Orunesu, Claudina - Rodriguez, Jorge - Sucar, Germán [2000], *La aplicabilidad de las normas jurídicas*. In "Análisi e diritto 2000", pp. 133-152.
- Perry, Stephen [2009], *Where Have All the Powers Gone? Hartian Rules of Recognition, Noncognitivism, and the Constitutional and Jurisprudential Foundations of Law*. In M. Adler, K.E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford, Oxford University Press, pp. 295-326.
- Pino, Giorgio [2008], *Norme e gerarchie normative*. In "Análisi e diritto 2008", pp. 263-299.
- Pino, Giorgio [2010], *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna, il Mulino.
- Pino, Giorgio [2011 a], *L'applicabilità delle norme giuridiche*. In "Diritto & Questioni Pubbliche", 11 (2011), pp. 797-871.
- Pino, Giorgio [2011 b], *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*. In "Ars Interpretandi", 16 (2011), pp. 19-56.
- Raz, Joseph [1970], *The Concept of a Legal System*. Oxford, Clarendon Press, seconda ed. 1980.
- Raz, Joseph [1971], *The Identity of Legal Systems*. In "California Law Review", 59-(1971), n. 3, pp. 795-815; ried. in J. Raz, *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1979, seconda ed. 2009, pp. 78-102.
- Raz, Joseph [1973], *The Functions of Law*. In A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press; ried. in J. Raz, *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1979, seconda ed. 2009, pp. 163-179.
- Raz, Joseph [1975], *Practical Reason and Norms*. Oxford, Oxford University Press, seconda ed. 1990.
- Raz, Joseph [1981], *The Purity of the Pure Theory*. In "Revue Internationale de Philosophie", 138 (1981), pp. 441-459; ried. in J. Raz *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1979, seconda ed. 2009, pp. 293-312.
- Raz, Joseph [1986], *Dworkin: A New Link in the Chain*. In "California Law Review", 74 (1986), n. 3, pp. 1103-1119.
- Raz, Joseph [1998], *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*. In L. Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 152-193, ried. in J. Raz *Between Authority and Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 323-370.
- Ross, Alf [1958], *On Law and Justice*. London, Stevens.
- Ross, Alf [1961], *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*. In "Revista Jurídica de Buenos Aires", 4 (1961), pp. 46-93; trad. it. in A. Schiavello, V. Velluzzi (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino, Giappichelli, 2005.

- Ruiz Manero, Juan [1990], *Jurisdicción y normas*. Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- Scarpelli, Uberto [1965], *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano, edizioni di Comunità.
- Shapiro, Scott [2009], *What Is the Rule of Recognition (and Does It Exist)?* In M. Adler, K.E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford, Oxford University Press, pp. 235-268.
- Shapiro, Scott [2011], *Legality*. Cambridge (MA), Bellknap Press.
- Waldron, Jeremy [1999], *All We Like Sheep*. In "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", 12 (1999), n. 1, pp. 169-186.
- Waldron, Jeremy [2005], *Law*. In F. Jackson, M. Smith (eds.), *Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, pp. 181-186.
- Waldron, Jeremy [2009], *Who Needs Rules of Recognition?* In M. Adler, K.E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford, Oxford University Press, pp. 327-349.
- Waluchow, Wilfrid [1994], *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Oxford University Press.
- Waluchow, Wilfrid [2009], *Four Concepts of Validity*. In M. Adler, K.E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford, Oxford University Press, pp. 123-144.