

«COME L'OMBRA DI BANCO A MACBETH».
LA RIAPPARIZIONE DEL DIRITTO NATURALE
IN ALCUNI CRITICI CONTEMPORANEI DEL GIUSNATURALISMO

COSTANZA CISCATO*

Abstract: the aim of this article is to reconstruct, among the many forms that natural law has taken in the course of history, those that emerge in the conceptions of H. Kelsen, R. Pound and H. Hart, authors who, while professing to be opponents of the doctrine of natural law, show themselves to be permeated by concepts and prerogatives that can be traced back to it. The positions expressed by these well-known exponents of 20th-century legal-political thought show, explicitly or implicitly, if not the impossibility, at least the criticality or limitation of an exclusively positive foundation of law.

Keywords: Natural Law – Twentieth Century – H. Kelsen – R. Pound – H. Hart

1. Introduzione

È stato scritto che il diritto naturale rappresenta un «oggetto misterioso»; e «non soltanto per la vaghezza, l'oscurità e talvolta persino la contraddittorietà con cui si è cercato di definirne la consistenza, ma anche per il suo improvviso apparire nei luoghi più impensati e ad esso meno congeniali»¹.

Al fine di ricostruire brevi tratti di tale inaspettato itinerario, intendiamo analizzare alcuni aspetti del pensiero di autori considerati tra i maggiori esponenti della riflessione giuridico-politica contemporanea, accomunati dal fatto di aver esplicitamente individuato nel giusnaturalismo il proprio obiettivo critico. Ci riferiamo qui al giusnaturalismo *tout court*², tanto a quello della Scuola «classica» di matrice aristotelico-tomista (centrato sull'oggettività della legge naturale, e al quale personalmente aderiamo), quanto a quello della Scuola «moderna» di stampo individualistico (centrato sul primato dei diritti naturali

* Costanza Ciscato, Ricercatore di Storia delle dottrine politiche SPS/02, Università degli Studi di Padova.
Email: costanza.ciscato@unipd.it

¹ F. Gentile, 1984, 172.

² Per il senso in cui viene richiamato il termine, si veda in particolare S. Cotta, 1970, 510-523.

soggettivi, e che suscita anche a noi non poche perplessità)³. In ogni caso esso va inteso nella sua complessità come motivo speculativo capace di presentarsi come tentativo di dare una spiegazione completa e coerente, sotto il profilo filosofico, dei basilari problemi del diritto e dello Stato: da quello della loro fondazione a quelli della loro articolazione normativa e ordinamentale⁴.

Vorremmo andare cioè alla ricerca, «fra le tante forme [...] che il diritto naturale trasformista espertissimo ci ha presentato nel corso delle innumerevoli sue apparizioni sulla scena della storia»⁵, di quelle che emergono, in maniera più ambigua, nelle concezioni di coloro che, pur professandosi avversari della dottrina del diritto naturale, manifestano di essere permeati da concetti e prerogative ad essa riconducibili. Ci riferiamo, in particolare, ad Hans Kelsen, Roscoe Pound e Herbert Hart, autori che si confrontano con un comune avversario teorico, pur da differenti luoghi metaforici di partenza, volutamente assunti come emblematici di un universo ben più variegato ma, a nostro avviso, riconducibile, per molteplici aspetti, a omologhe tonalità teoretiche di fondo.

Il nostro tentativo è volto pertanto ad illuminare alcuni punti critici essenziali del pensiero di ciascuno di essi, i quali non soltanto contribuiscono a riproporre alcuni interrogativi ineludibili sul significato dei precetti della legge naturale nell'ambito dell'esperienza umana, ma inoltre pongono il problema della sua effettiva continuità, ossia di indagare le ragioni storiche e filosofiche del suo perdurare⁶, anche nei «territori» ad essa più ostili o meno favorevoli.

³ Questa tradizionale interpretazione, centrata sulla contrapposizione tra Scuola «classica» e Scuola «moderna» del diritto naturale, l'una connotata da un indirizzo «oggettivistico», l'altra da un carattere «soggettivistico» e «individualistico», appare oggi alquanto superata ed è stata messa in discussione da recenti studi che hanno posto in crisi l'idea di un cominciamento assoluto della Scuola moderna, mettendo in luce l'importante ruolo svolto dalla Scolastica spagnola del secolo XVI nel passaggio dal giusnaturalismo teologico medievale a quello laico e razionalista della modernità. Su questo tema rinviamo a F. Todescan, 2014 e all'ampia bibliografia ivi citata.

⁴ Dell'ampia storiografia specifica sull'argomento si segnalano qui alcune opere di carattere generale: E. Wolf, 1951; E. Galán y Gutiérrez, 1954; L. Strauss, 1957; G. Solari, 1959; A. Passerin d'Entrèves, 1962; H. Welzel, 1965; G. Fassò, 1964; M. Villey, 1968; G. Tarello, 1976.

⁵ L'espressione è di P. Piovani, 1961, 167. Condividiamo, infatti, la tesi secondo cui affermare la discontinuità del giusnaturalismo non significa negare che un'istanza giusnaturalistica attraversi la storia dell'etica europea dall'antichità greca all'epoca moderna; «vuol dire invece rendersi conto del frazionato percorso ideale di quest'istanza, tanto nelle ragioni per cui continua quanto nelle ragioni per cui si interrompe, ripiega, si spezza, non riesce ad essere quale, in alcune aspirazioni rappresentative, sembra voler essere» (48).

⁶ Accenniamo qui *en passant* alla questione se sia possibile una storia del giusnaturalismo. Tale possibilità è messa in dubbio da quegli autori che evidenziano l'inconciliabile eterogeneità dei diversi concetti di «natura» e dei contenuti precettivi del diritto naturale. Delineare un quadro di tale percorso è comunque un compito assai arduo poiché i criteri metodologici con cui svolgere in maniera soddisfacente tale ricerca storiografica risultano incerti e problematici. Il criterio unificante di più ampio respiro, anche se forse meno solido, trova la sua maggiore espressione in formule secondo le quali l'unità del giusnaturalismo sarebbe quella propria di una scuola o, più in generale, di una dottrina. Alcuni, come Norberto Bobbio, considerano il giusnaturalismo come un momento specifico del razionalismo (N. Bobbio, M. Bovero, 1979, 20). Altri, come Pietro Piovani, Sergio Cotta ed Enrico Opocher, operano un diverso, più interessante tentativo di

2. Hans Kelsen e il problema del fondamento della Grundnorm

Nell'ambito di tale ricerca, particolare attenzione merita anzitutto il normativismo kelseniano. Contro le posizioni antiformalistiche il giurista praghese ripropone alcune tesi peculiari della *Allgemeine Rechtslehre*, come quella della scientificità e autonomia della scienza giuridica, di cui la *Reine Rechtslehre* costituisce un esempio paradigmatico.

La *dottrina pura del diritto*, volendo tracciare quasi una «geometria» dei fenomeni giuridici⁷, prescindendo da ogni elemento storico-sociale e da valutazioni etico-politiche, è stata considerata come un tentativo di applicare il metodo trascendentale al campo giuridico⁸, una logica conseguenza del principio neo-kantiano della purezza, posto come fondamento di tutto il sistema⁹. Kelsen stesso, a questo riguardo, nella prefazione alla seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, indica tra le fonti del proprio pensiero, la filosofia elaborata nell'ambito della *Scuola neo-kantiana di Marburgo*¹⁰.

E a tal proposito non è possibile dimenticare come l'allontanamento della cultura giuridica dalla dottrina del diritto comincia proprio con l'insegnamento di Rudolf Stammler, ed in particolare con la distinzione, operata dal filosofo di Alsfeld, tra forma e contenuto.

Questa impostazione metodologica di carattere generale connota infatti l'approccio al tema specifico in esame. Ed è interessante notare come, nel saggio intitolato *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Kelsen distingue in relazione ad esso anche una forma «pura» da una «relativa»¹¹.

interpretazione unitaria: quello di attribuire cioè, nonostante la varietà delle dottrine e dei metodi, una complessiva *unità di funzione* (P. Piovani, 1961, 10 ss.; S. Cotta, 1970, 510-523; E. Opocher, 1983, 101-107).

⁷ Sul «sapere geometrico» rimandiamo alle riflessioni di F. Gentile, 2006, 10-21.

⁸ Tale applicazione da parte di Kelsen è stata comunque meno fedele di quella fatta da R. Stammler che, già anni prima, dopo aver rivelato l'abbandono del metodo critico nella *Metafisica dei costumi*, seguendo l'insegnamento di H. Cohen, aveva esplicitamente cercato di correggere tale errore. Scrive in proposito B. Mantilla Pineda, 1966, 751: «I motivi iniziali o i punti di partenza sono kantiani in ognuno di questi casi, però gli sviluppi e le conclusioni hanno seguito impulsi e direzioni personali. Per esempio, sarebbe illusorio pensare che Kelsen sia stato fedele alla concezione kantiana del diritto. Come è ben noto, in Kant è latente un giusnaturalismo della più nobile specie personalista; nel Kelsen, al contrario, un antigiusnaturalismo radicale».

⁹ Sull'opzione di fondo neo-kantiana della prospettiva kelseniana si veda, in particolare, F. Todescan, 2011, 15 ss.

¹⁰ Per quel che concerne invece la distinzione fra essere e dovere, fra leggi naturali e norme, Kelsen afferma di aver raccolto l'eredità degli insegnamenti di Wilhelm Windelband e di Georg Simmel, mentre per quanto riguarda la sua avversione al metodo sociologico e psicologico applicato al diritto, essa risale al tempo degli scritti fenomenologici di Edmund Husserl; le critiche, infine, delle ipostatizzazioni e delle personificazioni usate dalla scienza giuridica si rifanno alla *Philosophie des Als-Ob* di Hans Vaihinger (cfr. R. Treves, 1933-34, 5).

¹¹ Si veda il saggio di H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, ripubblicato in traduzione italiana con il titolo, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in appendice alla traduzione italiana della *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Prefazione di E. Gallo, *Introduzione* di G. Pecora, 1994⁶, 403 [Si tratta della nuova edizione dell'opera

Al di là di tale distinzione, quella kelseniana è tuttavia una critica radicale che investe entrambe le categorie del giusnaturalismo, e che procede insieme con la riflessione intorno al pensiero marxiano¹² e costituisce un presupposto indispensabile della costruzione di una dottrina pura del diritto.

Giusnaturalismo e marxismo appaiono a Kelsen ambedue informati a un comune tentativo di introdurre nella scienza un criterio di valore, sulla base del quale condurre le analisi sociali, formulare giudizi e stabilire finalità da raggiungere. Tale metodo d'indagine risulta privo di giustificazione e il suo fondamento sembra risiedere nella pretesa, fallace, di inferire una norma a partire da fatti o da descrizioni di fatti: nell'un caso, più precisamente, a partire dalla natura dell'uomo, nell'altro, dall'osservazione degli eventi storici.

Alla base di questa operazione logica ed epistemologica Kelsen individua «un tragico sincretismo metodologico»¹³, che si nutre di una «radicale confusione dei limiti tra realtà e valore»¹⁴. Tanto nel marxismo quanto nel giusnaturalismo, il giurista praghese coglie infatti la presenza di un'arbitraria operazione teorica, con la quale essi giungono a conferire un valore oggettivo a ciò che sembra essere piuttosto un'esigenza soggettiva.

A fianco, dunque, dell'attenta riflessione intorno alla teoria marxiana, condotta per oltre quarant'anni, il giurista praghese sviluppa la critica nei confronti della tradizione del pensiero giusnaturalistico, che costituisce uno dei capitoli fondamentali della sua biografia intellettuale e, al tempo stesso, rappresenta uno degli snodi decisivi della riflessione filosofico-politica e filosofico-giuridica nel Novecento.

Essa rimase costante pur attraverso gli sviluppi del suo pensiero, dall'originario impianto neo-kantiano alla recezione di spunti neo-positivistici e pragmatistici maturata durante l'insegnamento prima a Vienna e successivamente a Berkeley in California¹⁵. Ne dà conferma la mole di contributi che, lungo tutto l'arco della sua ricerca intellettuale, egli ha dedicato alla critica sistematica di tale teoria, con l'intenzione di mettere in luce l'incompatibilità logica e metodologica tra i presupposti metafisico-teologici sui quali, a suo modo di vedere, ogni dottrina del diritto naturale inevitabilmente si fonda e un

tradotta originariamente per le Edizioni di Comunità (Milano, 1952) da Sergio Cotta e Giuseppino Treves dal testo inglese pubblicato a Cambridge (Mass.) nel 1943 ad iniziativa dell'Università di Harvard, dove Kelsen insegnava fin dal 1941].

¹² La critica kelseniana alla teoria politica e alla filosofia della storia marxiana è raccolta in alcune opere tra le quali in particolare ricordiamo: *Sozialismus und Staat*, 1920; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922; *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, 1931; *The Political Theory of Bolshevism*, 1948; e *The Communist Theory of Law*, 1955.

¹³ H. Kelsen, 1978, 10.

¹⁴ Ivi, 11.

¹⁵ Esempio in proposito è la storia delle edizioni della *Dottrina pura del diritto*. Per un'analisi della progressiva revisione operata da Kelsen delle proprie concezioni, particolarmente riguardo alle tappe del mutamento dei rapporti tra diritto e logica, dalla *Reine Rechtslehre* alla postuma *Allgemeine Theorie der Normen*, rinviamo a M. Losano, 1985, XVIII-LXI. Più in generale, sull'evoluzione del pensiero kelseniano si vedano tra gli altri: C. Roehrsen, 1983; S. Goyard-Fabre, 1986; M. La Torre, 1989, 58-94; B. Celano, 1990; L. Gianformaggio, 1990; M. Patrono, 2000; S.L. Paulson, 2000.

sistema «puro» di norme giuridiche, che è tale solo se resta fedele al postulato della separazione tra giudizi di fatto e giudizi di valore.

Quest'«implacabile battaglia», contro «il grande nemico della dottrina pura»¹⁶, fu condotta già dagli anni Venti del secolo scorso, a partire dalla pubblicazione del saggio sopra richiamato, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, destinato a influenzare tutto il successivo dibattito sul tema.

Testimoniano poi il carattere davvero inesausto di essa i numerosi saggi e interventi che, tra gli anni Cinquanta e Sessanta, di fronte alla rinascita del pensiero giusnaturalistico, il pensatore praghese dedicò ancora una volta alla sua confutazione. In particolare, tra gli altri¹⁷, ricordiamo *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* del 1954¹⁸, l'ampio saggio *Das Problem der Gerechtigkeit*¹⁹ e l'intervento intitolato *Foundation of the Natural Law Doctrine* presentato al seminario *On the Natural Law in Political Theory* che si tenne nel 1963, a Salisburgo²⁰.

Il presupposto, che riaffiora in ciascuno di questi contributi, della separazione tra natura e diritto, tra essere e dovere, è a tal punto radicato nella mentalità del giurista moderno che quando questi si trova costretto, anche solo per assurdo, ad immaginare un diritto naturale, lo costruisce ad imitazione del diritto positivo, come un codice naturale duplicato dal codice «civile». Scrive infatti analogamente anche Kelsen affrontando il tema se sia possibile il diritto naturale come tale :

«l'ordinamento del diritto naturale ammesso che esista, deve necessariamente esser reso positivo nella sua applicazione alle concrete condizioni della vita sociale, dato che le norme generali ed astratte del diritto naturale possono diventare norme individuali e concrete soltanto grazie ad atti umani²¹».

¹⁶ Così si esprime A. Bolaffi, 2001, 117, nella presentazione della traduzione italiana del saggio di Kelsen *Die Grundlage der Naturrechtslehre*.

¹⁷ Ricordiamo qui inoltre come il giurista praghese si sia occupato in modo specifico del tema del diritto naturale anche in altri scritti, quali, ad esempio, *Naturrecht und positives Recht: Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*, e *Justice et Droit naturel*.

¹⁸ *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, 1949, 481-513; trad. it, *La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza*, in H. Kelsen, 1970.

¹⁹ Il saggio sul problema della giustizia fu incluso nell'edizione tedesca del 1960 pubblicata a Vienna e, benché già tradotto nel 1966, non poté essere aggiunto alla corrispondente edizione italiana de *La dottrina pura del diritto*.

²⁰ Apparso solo molti anni dopo sulla «Anglo-American Review», I (1991), a cura di J. Finnis, l'originale testo tedesco, del tutto identico a quello in lingua inglese, ma rispetto a quest'ultimo accompagnato da un più ampio apparato critico sia per quanto riguarda i riferimenti bibliografici che le citazioni dei testi originali in greco e in latino, venne pubblicato in quello stesso anno nella «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», 1963, 1-37, con il titolo di *Die Grundlage der Naturrechtslehre*.

²¹ H. Kelsen, 1970, 404.

La realizzazione del diritto naturale viene quindi a dipendere dalla volontà degli uomini dal cui solo agire l'astratto viene mutato in un concreto rapporto giuridico²².

Eloquente ci pare pertanto il paradosso, che si profila nel pensiero kelseniano, di un diritto naturale che, in quanto dover essere, sarebbe valido per il suo riferimento formale alla volontà legislativa di Dio, dalla cui potenza, peraltro, vedrebbe garantita la propria effettività²³. In altri termini, secondo l'illustre giurista dell'Università di Vienna, se il diritto naturale per assurdo ci fosse, non farebbe parte della natura; il suo statuto, in quanto dover essere, non avrebbe nulla in comune con quello della natura, in quanto essere. In tal modo egli arriva a invertire i termini dell'assunto emblematico del reicentrismo giuridico medievale «*ius quia iustum non quia iussum*»²⁴, quando afferma:

«a differenza delle regole del diritto positivo, quelle comuni in questo «ordinamento naturale» che governa l'umana condotta non hanno vigore perché sono state «artificialmente» poste da una data autorità umana, ma perché originano da Dio, dalla natura o dalla ragione, e quindi sono buone, rette e giuste²⁵».

È tuttavia indicativo che il punto di vista kelseniano sulla relazione della legge positiva con la *Grundnorm*²⁶, definita a ragione «tallone di Achille della teoria pura del diritto»²⁷, riveli una considerevole somiglianza della costruzione formale con la dottrina del diritto naturale.

«La norma fondamentale – scrive egli infatti – non è essa stessa una norma posta, ma ipotetica e presupposta; non è diritto positivo, ma solo la sua condizione».

E di seguito conclude:

«Essa è valida, quindi, al pari di una norma di diritto naturale, a prescindere dalla sua validità puramente ipotetica²⁸».

²² Cfr. Ivi, 404-405. E aggiunge: «In qual misura sia possibile una simile realizzazione del diritto naturale (sempre che se ne assuma l'esistenza), vista l'inadeguatezza dell'umana conoscenza e volontà, è un'altra questione. In ogni caso, si deve riconoscere che incontriamo qui il limite dell'idea di diritto naturale».

²³ Cfr. H. Kelsen, 1990, 217-251.

²⁴ Secondo tale prospettiva, il giusto è tale in sé per l'ordine che esprime, non in quanto conforme alla volontà di Dio. È questo il tema della *vexata quaestio* che in età medievale divide i domenicani, favorevoli a questa tesi, e i francescani, i quali affermavano un volontarismo che conteneva in sé i germi del razionalismo moderno. Sul tema cfr. G. de Lagarde, 1958²; M. Villey, 1985, 157-224; e F. Todescan, 2002, 5-14 e l'ampia bibliografia ivi citata.

²⁵ H. Kelsen, 1970, 398.

²⁶ Riguardo alle soluzioni cui approda la dottrina pura del diritto per fondare la *Grundnorm* rinviamo ancora una volta a F. Todescan, 2011, 66-76.

²⁷ B. Mantilla Pineda, 1966, 757. E anche secondo il giudizio di Gaetano Pecora espresso nell'*Introduzione* citata «il problema della norma fondamentale, [...] nell'opera kelseniana è certo il capitolo meno pacifico, il più controverso, quello che ha rinfocolato le ostilità maggiori e inasprito le critiche più acerbe» (XLI).

²⁸ H. Kelsen, 1970, 408.

Una delle critiche più severe alla teoria kelseniana come astratto formalismo giuridico è, come noto, quella formulata da Giuseppe Capograssi²⁹, poco dopo la pubblicazione della traduzione della *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di Sergio Cotta e Giuseppino Treves. Il filosofo di Sulmona con acutezza osserva come «la perfetta separazione della forma dal contenuto, la perfetta indifferenza della forma da qualsiasi contenuto, che è la base di tutto questo sistema, non vale per la norma fondamentale, che dà validità a tutte le norme, che si caratterizzano proprio perché il contenuto è per esse indifferente. Proprio per la norma fondamentale quella separazione non vale perché è proprio il contenuto a dare qui validità alla norma fondamentale»³⁰.

La conseguenza allora, come ammette lo stesso Kelsen, non può essere che «la trasformazione del potere in diritto»³¹; e riemerge pertanto «dietro tutto questo positivismo, un diritto naturale che regge tutti questi ordinamenti positivi, ed è il diritto naturale della forza»³².

A riprova di quanto anche per il più rigoroso dei positivisti sia arduo accettare totalmente il frutto di una mentalità razionalistica che insidia ogni scienza (trasformandola in *scientismo*), anche se sorretta dalla consapevolezza filosofica della propria convenzionalità³³, risuonano allora significative le parole che di seguito riportiamo:

«La caratteristica essenziale del positivismo, in contrapposto alla teoria giusnaturalistica, può esser rinvenuta precisamente nella difficile rinuncia ad una giustificazione assoluta e materiale, in questa limitazione autoimposta ad una fondazione formale e puramente ipotetica nella norma fondamentale»³⁴.

Parafrasando e citando Kelsen, ancora Capograssi, in proposito ironicamente annota e chiede:

²⁹ Cfr. G. Capograssi, 1952. Ricordiamo peraltro come a questa critica abbia replicato N. Bobbio, 1954, il quale ha sostenuto che la tesi capograssiana è inficiata «dallo stesso errore su cui hanno impiantato la loro critica i giusnaturalisti: sulla confusione tra criterio di validità e criterio di giustificazione del diritto».

³⁰ G. Capograssi, 1952, 328-329.

³¹ H. Kelsen, 1970, 444.

³² G. Capograssi, 1952, 331.

³³ Anche a questo riguardo il giudizio di G. Capograssi, 1952, 320-321, è assai critico. Scrive infatti: «Il dubbio della artificialità e arbitrarietà di queste separazioni non sfiora mai questa trattazione. Che l'intera esperienza giuridica, l'intero mondo del diritto, che tiene incluso in sé norme sanzioni e ordinamenti, sia unità vivente, che non è possibile scindere senza distruggerne l'autentica e precisa realtà; che la norma è norma perché ha quel contenuto, e quel contenuto è tale soltanto perché è arrivato a porsi come norma, questo in quest'opera non è sospettato nemmeno. Chiusa in un dogmatismo intrepido quest'opera non è che lo svolgimento di quei presupposti dogmatici».

³⁴ H. Kelsen, 1970, 402-403. Così prosegue: «Qualsiasi tentativo di spingersi al di là delle fondazioni relativo-ipotetiche del diritto positivo, cioè di passare da una norma fondamentale ipotetica ad una assolutamente valida che giustifichi la validità del diritto positivo (tentativo che per ovvie ragioni politiche si ripete assai spesso), significa l'abbandono della distinzione fra diritto positivo e diritto naturale. Significa l'invasione della teoria giusnaturalistica nel trattamento scientifico del diritto positivo, e, se è lecita un'analogia con le scienze naturali, una intrusione della metafisica nel regno della scienza».

«L'avventura "tragi-comica"³⁵ è così poco cessata, che anche la filosofia scientifico-critica ha "un minimo, là di metafisica, qui di diritto naturale, senza del quale non è possibile una conoscenza né della natura né del diritto". Un minimo! Ma quando si tratta di metafisica un minimo basta! Quel minimo porta tutto implicito in sé! E del resto qui c'è più che un minimo di metafisica. Qui si insegna che "anche una filosofia libera dalla metafisica e basata soltanto sull'esperienza scientifica deve restare conscia dell'eterno segreto che da tutte le parti circonda il mondo dell'esperienza". E come si fa a sapere che c'è qualche cosa oltre il mondo dell'esperienza? Che cosa è questo "eterno segreto" o "il mistero dell'universo" che è "cecità o illusione" presumere di negare? che cosa è questa "cosa in sé" che qui viene mantenuta "come il simbolo dei limiti dell'esperienza"? Mistero, enigma, cosa in sé, limiti dell'esperienza. Non sono, questi, doppioni? E se non sono doppioni³⁶, non è questa autentica metafisica?»³⁷.

Non soltanto, dunque, come ha rilevato più recentemente anche Gaetano Pecora «il "recipiente" è meno vuoto di quanto fosse dato pensare, perché qua e là nella sua architettura formale Kelsen ha introdotto anche delle considerazioni di natura sostanziale»³⁸, ma, come osserva Franco Todescan egli «finisce incredibilmente (e contraddittoriamente) per fondare, seppur a malincuore, tutto il suo sistema sopra una base (kantianamente) giusnaturalistica e metafisica»³⁹. In definitiva, il giurista praghese «ha dovuto far ricorso – come rilevava anche Mario G. Losano – alle nozioni di valore e di realtà, che aveva espressamente escluse dall'ambito giuridico»⁴⁰, a dimostrazione del fatto che «tra forma e contenuto v'è dunque un legame che la teoria giuridica formale recide, precludendosi così la comprensione globale del diritto»⁴¹.

3. Roscoe Pound e la distinzione tra Natural Natural Law e Positive Natural Law

Nel vasto fenomeno della cosiddetta «rivolta contro il formalismo»⁴² rientra anche la prospettiva del realismo giuridico, elaborata sia dalla corrente nord-americana che scandinava.

L'esigenza da cui muove questo movimento è di tipo scientifico-empirico⁴³, in quanto esprime la volontà di recuperare la realtà psicologica e sociale del diritto, al di là

³⁵ H. Kelsen, *ivi*, 426, parla della ricerca della verità metafisica come di un'illusione ridicola, simile a quella del barone di Münchhausen, il protagonista del romanzo satirico di Rudolf E. Raspe, di salire sulle proprie spalle.

³⁶ Come noto, la dottrina finzionistica resta come scenario di fondo in Kelsen, il quale se ne era occupato nel saggio *Zur Theorie der juristischen Fiktionen: Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob*.

³⁷ G. Capograssi, 1952, 342.

³⁸ G. Pecora, *Introduzione* a H. Kelsen, 1994⁶, XXXVI.

³⁹ F. Todescan, 2011, 87.

⁴⁰ M. G. Losano, *Premessa* a H. Kelsen, 1998, XXX.

⁴¹ *Ivi*, XXXI.

⁴² Sul tema si veda M. White, 1956.

dell'elemento puramente normativo, e si propone di studiarla esclusivamente come fenomeno iscritto nelle coordinate spazio-temporali, per arrivare a coglierne la verità fattuale.

Esaminare il pensiero di autori che ad esso appartengono «significa – come è stato scritto – seguire lo sviluppo di una continua caccia all'errore metafisico»⁴⁴, dove per metafisico si intende tutto ciò che, costituendo il contenuto di un'idea o rappresentazione della mente umana, non può essere verificato in via sperimentale (o puramente logico-deduttiva)⁴⁵. Alla base di questo atteggiamento vi è una teoria gnoseologica secondo cui è possibile conoscere soltanto i fenomeni del mondo sensibile: oltrepassando i cui confini, l'uomo può andare incontro ad altri tipi di esperienza, ma non alla conoscenza di verità oggettive, ossia dimostrabili.

Conseguenza diretta dell'approccio antimetafisico ed empiristico seguito dai realisti è anche l'analisi critica della dottrina giusnaturalistica, avanzata tanto dai rappresentanti della *Scuola di Uppsala*, quanto dall'omonima corrente giuridica nord-americana, che con essa presenta talune affinità, pur accanto a rilevanti differenze⁴⁶, riconducibili per lo più all'influsso delle condizioni socio-culturali in cui sorge e opera.

Il realismo giuridico americano è stato infatti influenzato dal pragmatismo di William James e di John Dewey, oltre che dal pensiero del giudice Oliver W. Holmes⁴⁷ e dalla

⁴³ Lo stesso termine realismo, benché derivi dalla tesi della realtà di Axel Hägerström e quindi dal realismo gnoseologico della *Scuola di Uppsala*, indica un atteggiamento filosofico generale di tipo empirico, che intende privilegiare, assolutizzandola, la realtà sensibile. Per un primo inquadramento sulla prospettiva giuridica scandinava si veda R. T. Sandin, 1962, 496-512; G. Tarello, 1967, 923-933; E. Pattaro, 1985, 327-344; C. Faralli, 1986, 375-388, 2002.

⁴⁴ S. Castignone, 1995, 217.

⁴⁵ È stato sottolineato da Castignone, *ivi*, 20-22, come «l'atteggiamento antimetafisico accomuni il realismo di Uppsala al neopositivismo logico, per quanto i due movimenti si siano in pratica ignorati e non abbiano affatto influito l'uno sull'altro. Sono state altresì rilevate le differenze esistenti tra i due movimenti. Il rifiuto della metafisica in quanto nonsense infatti viene attuato dai neopositivisti sulla base del "criterio di verificabilità" degli enunciati, cioè a livello di significato delle proposizioni, mentre Hägerström parte dal principio logico di non-contraddizione. Ad ogni modo anche se i presupposti sono differenti, le applicazioni della critica antimetafisica ai concetti delle scienze particolari, in special modo a quelle morali e giuridiche, effettuate sia dallo stesso Hägerström sia da Lundstedt e Olivecrona, finiscono con l'essere difficilmente distinguibili da operazioni analoghe compiute in base al criterio di significanza degli enunciati, proprio in quanto, della tesi della realtà viene in pratica utilizzata solo l'affermazione che l'unica realtà è quella spazio-temporale, e quindi si procede ad un confronto con i fatti, che presenta strettissime affinità con l'applicazione del criterio di verificabilità neoempiristico».

⁴⁶ Come sottolineato ancora una volta nella ricostruzione di Castignone, *ivi*, 279, infatti «sono diverse ad esempio le linee di attacco: gli scandinavi muovono la loro offensiva soprattutto a livello dei vari concetti di validità, di norma, diritto soggettivo, dovere, responsabilità e così via, effettuando una operazione di "terapia linguistica", come è stata chiamata (la quale ovviamente non si ferma a livello linguistico, ma comporta delle conseguenze concrete ben precise). Gli americani invece appuntano la loro attenzione sull'applicazione del diritto, sul processo, sull'operato dei giudici. Una delle ragioni principali di questa differenza deriva dal diverso tipo di sistema giuridico in cui i due realismi si trovano ad operare: quello scandinavo sorse in un sistema giuridico di tipo codificato, mentre quello americano in un sistema di *common law*, in cui vige la dottrina del precedente, il principio dello *stare decisis*, cioè a dire il principio secondo cui la decisione del giudice deve essere basata sulle sentenze anteriori».

⁴⁷ Si veda in proposito G. Bognetti, 1956-1957, 51 ss.; e *Id.*, 1958. Per un'introduzione di carattere generale al tema rimandiamo invece a G. Tarello, 1962.

giurisprudenza sociologica di Roscoe Pound, il quale nel mondo giuridico anglosassone del secolo XX è una delle figure più eminenti, anche per il carattere di *trait-d'union* fra pensiero americano ed europeo che la sua dottrina ha espresso.

Inizialmente influenzato dalla giurisprudenza analitica di John Austin, Pound manifesta un atteggiamento incerto nei riguardi della *common law*, sulla cui crisi, sorta in particolare nei paesi ove essa era stata tradizionalmente imperante, si appuntano le sue riflessioni. Non sono tuttavia tanto, a suo giudizio, i criteri di quest'ultima ad essere in discussione, quanto lo spirito, prettamente individualistico, con cui vengono applicati⁴⁸.

Pound afferma cioè che i principi della *common law* sono stati scambiati per principi di diritto naturale e si trova di fronte ad un dilemma: ancorare il diritto positivo a principi giusnaturalistici, secondo la dottrina tradizionale, salvaguardando così l'esigenza della certezza, oppure rinunciare ad essa. Rileva inoltre, a tal proposito, che la concezione delle corti come custodi dei diritti naturali degli individui contro lo Stato e la società ha contribuito a favorire l'ostilità contro di esse⁴⁹. L'identificazione dei diritti di *common law* con i diritti naturali e delle dottrine della *common law* con il diritto naturale ha influito negativamente, a suo giudizio, anche per quanto riguarda l'atteggiamento delle corti verso la legislazione. Attraverso il loro potere di interpretazione esse hanno piegato le leggi alle loro idee giuridiche nel disprezzo più assoluto delle intenzioni del legislatore, poiché convinte del carattere eterno ed immutabile delle dottrine e delle istituzioni della *common law*. Ritenendo che certe dottrine fossero ben lontane dalla portata della legge ordinaria, esse hanno interpretato queste leggi come riaffermazioni e dichiarazioni di quelle dottrine, ed hanno affermato che le leggi non potevano essere in alcun modo innovative⁵⁰.

Il filosofo del diritto americano tenta perciò di uscire da quest'*impasse* affidandosi a quella ch'egli definisce una *social engineering*⁵¹, originale concezione del diritto inteso come «opera di ingegneria sociale» e teoria delle norme come mezzi per regolare gli interessi concorrenti che emergano nella società⁵². Così dopo essere stato seguace, dapprima, della *Scuola analitica* di Austin⁵³, e aver poi subito l'influenza dello storicismo, egli finisce per abbracciare una concezione sociologica del diritto⁵⁴, concepito come un edificio costruito dagli uomini per soddisfare le loro aspirazioni, e continuamente

⁴⁸ Cfr. R. Pound, 1970; in riferimento a quest'ultima pubblicazione si vedano poi le riflessioni di M. Siotto Pintor, 1923, 108-142.

⁴⁹ Cfr. R. Pound, 1970, 92.

⁵⁰ Cfr. *ivi*, 95-96.

⁵¹ In proposito si veda L. J. McManaman, 1958, 1-47.

⁵² Per un primo inquadramento tra gli altri si vedano E.W. Patterson, 1947 e C. Faralli, 1984, 67-71.

⁵³ R. Pound, 1931, 697, afferma che il termine realismo significa «*fidelity to nature, accurate recording of things as they are, as contrasted with things as they are imagined to be, or wished to be, or as one feels they ought to be*». E tutto questo viene applicato direttamente al campo del diritto, all'operato dei giudici, allo studio della «*law in action*» in contrapposizione alla «*law in books*», nell'intento di scoprire «ciò che i tribunali effettivamente fanno, e non ciò che essi dicono di fare».

⁵⁴ Si veda in proposito J. Stone, 1965, 1578-1584.

restaurato, ricostruito e ampliato al fine di corrispondere al crescere e al variare delle loro aspirazioni⁵⁵.

Ora proprio l'esigenza di una scienza giuridica che sia consapevole del continuo processo di mutamento e di aggiustamento del diritto costituisce una delle caratteristiche fondamentali del realismo americano, anche se esso, pur avendo accolto l'aspirazione alla concretezza empirica propria della giurisprudenza sociologica, si muove poi in maniera autonoma, con metodi e obiettivi diversi e indipendenti, tanto da attirarsi violente critiche da parte dello stesso Pound⁵⁶.

A suo giudizio, infatti, il diritto non può prescindere da un ideale di giustizia, che tuttavia non deve essere inteso come trascendente la società, bensì come espressione di interessi concreti⁵⁷.

Il diritto positivo dunque non è che la concretizzazione di determinate teorie giuridiche a loro volta ispirate da ideologie metagiuridiche. Esso non è che un puro aggregato di formule, il cui fine è la giustizia: per comprenderlo appieno, pertanto, è necessario capire quale sia l'ideale che vi è sotteso. Solo tramite la conoscenza degli ideali di giustizia che si sono storicamente succeduti e della cui esistenza non sempre i giuristi sono consapevoli, è possibile liberare il diritto dalla sua pretesa sottomissione a valori immutabili.

Da queste premesse Pound muove dunque un attacco alla *Scuola del diritto naturale* moderno, di cui non disconosce tuttavia la funzione critica. A suo giudizio il diritto naturale risponde infatti a due funzioni, una «creativa» e una «critica», alle quali può essere aggiunta in via derivata anche una terza di limitazione dell'arbitrio del potere⁵⁸.

A parere del giurista statunitense è necessario restituire cioè questa dottrina al carattere e all'utilità che aveva ed è svanita quando si è voluto cristallizzare la legge di natura configurandola come un diritto vero e proprio, rendendola così antistorica.

Stabilito dunque un confronto tra il proprio «utilitarismo sociale» e il giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII, che aveva a lungo dominato nella vita giuridica americana, egli non rifiuta di riconoscere nella dottrina del diritto naturale, intesa come metodologia razionalistica, uno strumento sempre attuale, sebbene affermi la necessità di distinguere due tipi di giusnaturalismo: uno riconducibile alla «*Natural Natural Law*», l'altro alla

⁵⁵ Cfr. R. Pound, 1946², 21.

⁵⁶ A partire dagli anni Trenta Pound iniziò una serrata polemica nei confronti dei giovani esponenti del realismo che nel saggio del 1937 *Fifty Years of Jurisprudence*, divide in due gruppi: i seguaci del «determinismo psicologico» e i seguaci del «realismo scettico». Sul tema si veda R. Pound, 1931, 697.

⁵⁷ Sul tema rinviamo a G. Bognetti, 1954, 573-585.

⁵⁸ Scrive R. Pound, 1970, 97: «Siano queste dottrine desiderabili o indesiderabili, esse dimostrano che i giudici, come il re e come il popolo, quando operano sulla base di teorie assolutistiche, non trovano certamente in sé un principio di autolimitazione, e possono perfino esercitare, in maniera arbitraria, un potere assoluto. Ma da ciò non bisogna concludere che il contributo del XVIII secolo alla nostra tradizione giuridica sia da respingere completamente, poiché la teoria dei principi fondamentali cui la legge deve conformarsi e degli interessi fondamentali che la legge deve garantire in ogni caso ha un altro aspetto. Coloro che la sostenevano sacrificavano i propri immediati interessi nell'interesse supremo della giustizia, di cui essi erano appassionati difensori».

«*Positive Natural Law*»⁵⁹. Quest'ultimo è un diritto naturale costante seppur mutevole, secondo la nota affermazione per la quale la legge, dovrebbe essere «*stable, but not still*»⁶⁰. Esso è infatti:

«un corpo di principi ragionati che produce un piano razionale e logicamente consistente per supportare precetti giuridici generalmente diffusi in [un determinato] tempo e spazio⁶¹».

Questa versione natural-positiva è stata considerata un esempio autorevole «della volontà di accorciare le distanze fra diritto naturale e diritto positivo, affinché il primo perda un po' della sua astrattezza e il secondo perda un po' della sua empiricità»⁶². A proposito del rapporto tra ragione ed esperienza infatti il giurista americano si domanda se il ricorso a quest'ultima possa rendere meno pesante «il fardello» che grava sulla prima, dalla quale ci si attende «un sistema di giustizia completo e perfetto»⁶³. E retoricamente chiede:

«Ma l'interesse deve essere riservato semplicemente all'ideale od agli ideali, o deve essere presa in considerazione anche l'esperienza? Gli ideali sono solo un derivato della ragione o sono gli stessi ideali [delle] applicazioni della ragione all'esperienza e perciò in successione conformati sulla [e così riferibili alla] esperienza stessa e quindi insomma derivanti dalle condizioni riscontrabili in, o comunque offerte da, [un determinato] tempo e spazio?⁶⁴».

La tesi di Pound è stata oggetto di molte riflessioni e ci si è chiesto se il riferimento alla ragione, come fondamento del diritto, non si configuri come ritorno ad una concezione giusnaturalistica tradizionale, e quindi antistorica, secondo l'interpretazione, ad esempio, avanzata da Wolfgang G. Friedmann⁶⁵. In particolare il problema delle sue basi filosofiche fu affrontato nel dibattito tra Sergio Cotta e Vittorio Frosini⁶⁶; quest'ultimo, posta in dubbio la qualificazione storicistica, e non piuttosto giusnaturalistica, della concezione giuridica di Pound avanzata dal primo, propone di riconoscerla, utilizzando un termine ripreso da Dewey, come «strumentalista, ossia non tanto valutativa in termini di conoscenza storica, quanto piuttosto praticistica e diretta al fine di modificazione della realtà storica»⁶⁷.

⁵⁹ Cfr. R. Pound, 1960, 70-82. Questo saggio, di cui esiste una traduzione italiana di Marco Cagol e Franco Silvano Toni di Cigoli, nell'antologia *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, 2010, 275-296, sviluppa il contenuto di un precedente articolo dell'Autore, recante lo stesso titolo, che era già apparso, nel 1952, nel volume LXVIII della «*Law Quarterly Review*».

⁶⁰ R. Pound, 1911, 489. Cfr. sul tema V. Palazzolo, 1957, 108.

⁶¹ R. Pound, 2010, 283.

⁶² P. Piovani, 1961, 47.

⁶³ Cfr. R. Pound, 2010, 294.

⁶⁴ Ivi, 277.

⁶⁵ Cfr. W. G. Friedmann, 1949, 417-418.

⁶⁶ Cfr. S. Cotta, 1952, 51-67, e V. Frosini, 1953, 525-529.

⁶⁷ Ivi, 528.

Al di là di tali puntualizzazioni, ci sembra rilevante, al fine della nostra ricostruzione, cogliere come, per contenere gli esiti relativistici e utilitaristici che una visione del diritto quale compito di ingegneria sociale avrebbe comportato, Pound, non volendo lasciare totalmente disancorata da valori oggettivi la prospettiva giuridico-politica, particolarmente segnata dalla contemporanea esperienza del nazi-fascismo europeo⁶⁸, introduce una distinzione, all'interno della dottrina del diritto naturale, la quale può essere interpretata come un tentativo di salvarne una parte storicizzandola.

4. Herbert Hart e il «contenuto minimo di diritto naturale»

La proposta elaborata da Pound richiama alla mente il concetto di «contenuto minimo di diritto naturale» avanzato successivamente da Herbert L. A. Hart.

L'idea, sostenuta dal celebre esponente della filosofia analitica oxoniense, dell'esistenza intrinseca ad ogni ordinamento positivo di un contenuto minimo di diritto naturale a tutela della vita sociale appare infatti, per alcuni aspetti, assai simile al *Positive Natural Law* di Pound.

Ad un'analisi comparata non può anzitutto sfuggire, infatti, come entrambi gli approcci tradiscano una generale aspirazione assiologica, nonostante o, forse, proprio a causa delle proprie premesse empiristiche.

Lo sviluppo del realismo giuridico americano e della giurisprudenza analitica di Hart (frutto della fusione della *giurisprudenza analitica* di Austin e della *filosofia analitica* di Wittgenstein) riflette il destino del pensiero contemporaneo, influenzato dalle istanze del neo-positivismo⁶⁹ per cui hanno senso soltanto le proposizioni analitiche e sintetiche, la

⁶⁸ L'attenuarsi del relativismo ha indotto G. Fassò, 1964, 114, a ritenere che tra la concezione prebellica e quella postbellica di Pound vi sia una "rottura" del genere di quella che può rilevarsi in alcuni filosofi del diritto europei, tra i quali Gustav Radbruch. Secondo Enrico Paresce, *Introduzione a Pound*, 1970, XIX, invece, non sembra che possa parlarsi di "rottura": «si tratta - precisa - tutt'al più dello spostarsi dell'accento da un elemento all'altro già presente nella concezione originaria. Non c'è un Pound che passa dal relativismo delle opere del 1922-23 "ad una forma di storicismo che comporta però il riconoscimento di valori razionali a cui si ispira", ma c'è un "unico" Pound che è, insieme, relativista, storicista, ideal-realista, e che, nella sua concezione giuridica, con una mentalità storica aperta e acuta, dà ai diversi elementi della sua formazione culturale una collocazione tale, com'egli stesso dice, da rendere funzionale l'insieme».

⁶⁹ Maturati entrambi in un ambiente c.d. di *sistema giuridico aperto*, il realismo americano e la giurisprudenza analitica hartiana vengono tradizionalmente ricondotti all'empirismo come alla propria originaria matrice. Ci pare necessario precisare, tuttavia, che una cosa è l'empirismo cui si rifà la scuola americana, un'altra invece quello da cui muove il pensiero di Hart. Il primo, infatti, nasce da una profonda esigenza antiformalistica e si muove polemicamente contro ogni forma di metafisica e di astrazione dogmatica. Il suo bersaglio ideologico preferito è Kelsen e, con lui, ogni filosofia della comprensione. L'empirismo americano infatti inclina progressivamente verso il pragmatismo, verso una filosofia della trasformazione e un'analisi non tanto retrospettiva quanto piuttosto prospettica della società e, in particolare, del diritto inteso come funzionale all'idea di progresso. Tutt'altra origine ha invece l'empirismo di Hart, che si ricollega alla tradizione inglese rappresentata da Austin, ma prima ancora da Francesco Bacone e dalla corrente medioevale francescana di Oxford. La posizione di Hart rappresenta il punto di incontro tra la tradizione inglese e il normativismo kelseniano. La sua giurisprudenza analitica, infatti, non

cui validità consiste nella loro verificabilità. Tuttavia, il criterio della validità «fino a prova contraria» porta inevitabilmente ad esiti relativistici, ai cui richiami il pensiero riflesso non può che sottrarsi. Muovendo dall'idea dell'inconoscibilità dei valori, perché inverificabili secondo criteri oggettivi di quantità e misura, i rappresentanti del neo-positivismo allargano poi il significato teorico di tale negazione fino a coinvolgerne lo strumento stesso. Nel tentativo di superare gli esiti dogmatici di una ragione assoluta di stampo moderno, sia il realismo americano di Pound che la giurisprudenza analitica di Hart ricorrono ad una ragione empirica, strumentale, formale, che coordina abilmente i mezzi, ma non riesce a stabilire i fini, e quindi a fondare le scelte umane, se non appunto scendendo a patti con l'idea di una legge naturale, ancorché positiva, o con un contenuto, sia pure minimo, di diritto naturale.

Secondo Hart vi sono infatti alcuni dati fondamentali di cui ogni istituzione sociale deve tener conto se vuole sopravvivere. Questi dati costituiscono di fatto un elemento comune al diritto e alla moralità positiva delle società esistenti.

In particolare egli afferma che esiste, nella dottrina del diritto naturale, un nucleo di ragionevolezza, «un nocciolo di buon senso»⁷⁰, di significato chiaro e accettabile: il cui punto di partenza è dato dalla tacita presupposizione che la sopravvivenza umana è un bene.

Seguendo le suggestioni di autori come Hobbes e Hume, Hart elabora dunque una sorta di trasposizione limitata ed empirica della teoria giusnaturalistica, che ha suscitato grande interesse. Il capitolo nono di *The Concept of Law* ha dato luogo, infatti, a contrastanti valutazioni su questo «contenuto minimo del diritto naturale», individuato dall'Autore nella limitatezza delle risorse oggettive e soggettive, nella vulnerabilità umana, nell'uguaglianza approssimativa degli uomini e nel loro limitato altruismo. Questi cinque «truismi» garantiscono quella sopravvivenza degli uomini la quale non è altro che la prima inclinazione naturale di tutti gli esseri secondo il pensiero tomista⁷¹.

Secondo il giudizio di Mario A. Cattaneo la posizione espressa da Hart rappresenterebbe un «avvicinamento», una «apertura» verso il giusnaturalismo, in ragione dell'ammissione che, in misura limitata e in rapporto a determinate materie, esiste una connessione fra il diritto e la morale; «pur mantenendo la tesi che, all'interno di un ordinamento giuridico, una norma validamente emanata è giuridica anche se ingiusta o dannosa», il giurista inglese afferma infatti che «se un ordinamento non ha un certo contenuto, non contiene almeno certe prescrizioni (relative soprattutto alla proibizione della violenza fra gli uomini) non può dirsi giuridico, in quanto viene meno alla

prende direttamente posizione contro Kelsen, ma mira piuttosto ad una mediazione che traspare in modo esplicito nell'idea di «norma di riconoscimento» (sostitutiva della *Grundnorm*), intesa da Hart stesso come sintesi, o meglio, come «cerniera» tra il «punto di vista interno» (di orientamento giuspositivistico kelseniano) nel modo di considerare l'ordinamento giuridico e il «punto di vista esterno» (di orientamento giusrealistico).

⁷⁰ A. Passerin d'Entrèves, 1965, 168.

⁷¹ Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I^a-II^{ae}, q. 94, a.2.

propria funzione fondamentale di garante dell'ordine e di regola del comportamento umano»⁷².

È stata posta la questione se questa versione del diritto naturale «avrebbe potuto soddisfare un giusnaturalista intransigente»⁷³, ovvero se sia da rilevare una contraddizione tra questa teoria e la difesa della separazione fra diritto e morale. Tale separazione risulta qui effettivamente molto attenuata rispetto ad altri scritti precedenti del filosofo inglese⁷⁴, in base ai quali egli elabora la sua nota critica ad altri aspetti del giusnaturalismo. Le due teorie infatti prospettano due diversi criteri di definizione del concetto di diritto: il primo, nel quale è essenziale la presenza di un certo contenuto, il secondo, che tiene invece presenti soltanto alcuni elementi formali⁷⁵.

E ancora, rispetto a questa forma di positivismo che non esclude la possibilità di conoscere e di stabilire dei principi morali, ci si è interrogati se l'Autore inglese sia riuscito a gettare un ponte tra fatti e valori, tra *is* e *ought*, un ponte su quel fossato che la filosofia analitica, riprendendo una celebre tesi di Hume, ha per molto tempo dichiarato insuperabile⁷⁶.

È stato anche precisato, infine, che la teoria del diritto naturale così delineata potrebbe essere considerata un giusnaturalismo di tipo ontologico, descrittivo, e non di tipo deontologico, prescrittivo⁷⁷; e pertanto essa avrebbe un'utilità limitata⁷⁸, una portata soltanto sociologica, in quanto servirebbe a indicare che un sistema politico per reggersi deve necessariamente, almeno in misura minima, poggiare sul consenso, contare sulla cooperazione volontaria dei membri della classe dominante.

L'aspetto tuttavia forse più rilevante di tale teoria, che emerge in particolare dalla interpretazione proposta da Alessandro Passerin d'Entrèves, risiede nel fatto che, nella disputa tra i difensori del giusnaturalismo e quelli del positivismo giuridico, le pagine di Hart costituiscono «una svolta decisiva», «uno sforzo particolarmente notevole, da parte

⁷² M. Cattaneo, in H. L. A. Hart, 1965, XVI.

⁷³ A. Passerin d'Entrèves, 1965, 189.

⁷⁴ Ci riferiamo in particolare al saggio pubblicato, durante la permanenza all'Università di Harvard, ove egli tenne nell'aprile del 1957 la sua *Oliver Wendell Holmes Lecture* sul tema *Positivism and the separation of Law and Morals*. Questo intervento, apparso poi sulla «Harvard Law Review», 1958, 593-629, fu seguito da una replica di Lon L. Fuller. Su questo tema e sulla successiva polemica tra Hart e Ronald Dworkin, rinviamo, tra gli altri, a C. S. Nino, 1994; e A. Schiavello, 2005, 153-156.

⁷⁵ Secondo l'interpretazione di Cattaneo, 1965, 685: «Hart sostiene queste due diverse tesi in relazione a diverse esigenze della morale. La teoria del contenuto minimo del diritto naturale riguarda infatti i requisiti minimi essenziali per la sopravvivenza; viceversa la teoria della separazione fra diritto e morale, la discussione relativa all'iniustizia o all'ingiustizia di una norma riguarda delle esigenze ulteriori della morale, che vanno oltre il minimo necessario per la sopravvivenza, come la libertà personale, l'uguaglianza di trattamento di tutti gli individui, e così via».

⁷⁶ I. Berlin, 1962, 27, sembra effettivamente attribuire questo merito all'interpretazione del diritto naturale proposta da Hart.

⁷⁷ Questo il giudizio di M. Cattaneo, 1965, 690, secondo il quale è comunque possibile rintracciare nel pensiero di Hart una teoria etica dell'obbedienza, quasi una forma di giusnaturalismo in senso prescrittivo, a patto però che la si cerchi «non tanto nel libro *The Concept of Law* quanto piuttosto nel libretto *Law, Liberty and Morality*».

⁷⁸ M. Cattaneo, 1965, 690.

di un positivista dichiarato»⁷⁹ di apertura alla dottrina del diritto naturale alla quale egli fu, ci pare, inevitabilmente condotto dal quesito se e a quali condizioni non solo fosse auspicabile e condivisibile, ma addirittura possibile, il divorzio tra forma e certezza, verità e contenuto. E pertanto, proprio come l'Autore stesso riconobbe, il maggior beneficio che questa concezione procura alla teoria giuridica è «la via d'uscita» che essa offre da certe dicotomie fuorvianti che spesso rendono poco chiara la discussione delle caratteristiche del diritto⁸⁰.

Come scrive Vittorio Frosini, la preoccupazione di Hart è quella di «uscire dalla stretta metodologica fra la Scilla di un feticismo normativo, in cui l'ossequio alla legge esauriva e inaridiva il compito dell'interprete, e la Cariddi dello scetticismo normativo, che trovava espressione recente nel tentativo di ridurre la certezza del diritto a un mito, perseguito da certe correnti del pensiero giuridico nordamericano e scandinavo». L'atteggiamento di Hart nei confronti del diritto naturale, si sottrae infatti alla negazione dogmaticamente sistematica, giacché verso di esso egli mantiene - sempre a giudizio di Frosini - lo stesso atteggiamento di cautela e di libero giudizio assunto nei riguardi del diritto positivo. Ne sarebbe esempio luminoso l'analisi condotta nel saggio del 1955, *Are there any natural rights?*⁸¹.

5. Osservazioni finali

Da questa sia pur rapida rassegna, al di là delle divergenze, talvolta anche profonde, e delle peculiarità espresse dal pensiero di ciascuno dei tre giuristi, emerge con forza la domanda se non sia soltanto l'assunzione della dimensione metafisica del reale a poter fornire al diritto naturale la sua piena e completa giustificazione filosofica. Esso cioè non sembra possibile che sulla base di una conoscenza verace della essenza delle cose, perché è qui che trova il suo sostegno ontologico⁸². Ogni tentativo di apertura alla dottrina del

⁷⁹ A. Passerin d'Entrèves, 1965, 168. Come sottolineato da G. Fassò, 2006, 298-299, «degno di nota è che in *The Concept of Law* è assai attenuata la chiusura nei riguardi della valutazione etica del diritto, che, in scritti precedenti assai rigida, portava a una separazione radicale fra diritto e morale. Pur tenendo fermo il principio che una norma formalmente valida in relazione all'ordinamento di cui fa parte è giuridica anche se è ingiusta o dannosa, ora lo Hart dichiara che sono «caratteristiche indispensabili» del diritto positivo le «forme minime di protezione delle persone, della proprietà e delle promesse», rifiutando la tesi giuspositivistica secondo la quale il diritto può avere qualsiasi contenuto. Gli argomenti tradizionali della polemica fra giuspositivisti e giusnaturalisti sono esposti ed esaminati dallo Hart con attenzione; e ne risulta un atteggiamento di grande equilibrio, che non consente di fare dello Hart quel campione del positivismo giuridico più rigoroso che molti suoi seguaci additano in lui, e che lo colloca invece al di sopra della polemica, spesso tendenziosa e viziata dai pregiudizi, tra gli assertori ed i negatori dell'elemento valutativo nella considerazione teorica del diritto».

⁸⁰ H. L. A. Hart, 1965, 232.

⁸¹ Il saggio tradotto è riportato come terzo capitolo nel volume *Contributi all'analisi del diritto*, 1964, a cura di Vittorio Frosini.

⁸² Seguiamo a questo riguardo l'interpretazione di H. Rommen, 1965, 139, secondo il quale «il concetto di diritto naturale non si impone in generale se non nelle epoche in cui domina la regina delle scienze, la

diritto naturale muove infatti (più o meno consciamente) dall'esigenza del superamento della scissione tra due sfere che, «per la mentalità del giurista moderno, che non significa il giurista d'oggi, ma il giurista permeato della scienza giuridica moderna»⁸³, sono invece ritenute estranee o addirittura contrapposte, due mondi separati e tra loro non comunicanti: essere e dover essere, *is* e *ought*, *Sein* e *Sollen*⁸⁴. L'idea della separazione tra natura e diritto condiziona infatti lo sviluppo della scienza giuridica, la porta spesso ad eludere il problema della giustificazione delle norme⁸⁵.

Tuttavia, le posizioni assunte dagli autori qui considerati mostrano la possibilità, se non di un'affermazione radicale, che muova dal problema del fondamento ontologico del diritto⁸⁶, quanto meno di una sua difesa, seppur per così dire «debole», che invita ognuno a riflettere. Essa nasce quando si manifesta la disponibilità a riconoscere la non esaustività della dimensione giuridica positiva, l'esigenza di non arrestarsi alla volontà del legislatore come criterio supremo, e là dove sorge la necessità di un ancoraggio assiologico o si manifesta la presenza di un elemento ideale irriducibile⁸⁷.

È questo, ci pare, il significato residuale che può essere attribuito all'esigenza formulata da Hart, dinanzi alla constatazione della «continua riaffermazione di qualche tipo di dottrina giusnaturalistica, [...] di liberare queste verità dalla loro struttura metafisica e di riaffermarle in termini più semplici»⁸⁸. Analogo significato è attribuibile al riconoscimento della presenza, cui perviene Pound, di «un ineludibile elemento di idealità comunque riferibile al diritto», da intendersi quale «componente vitale del diritto stesso»⁸⁹. Queste affermazioni segnalano, esplicitamente o implicitamente, se non l'impossibilità, almeno la difficoltà o il limite⁹⁰ di una fondazione esclusivamente positiva

metafisica, e [...] esso perde terreno, al contrario, quando l'essere e il dovere, la moralità e il diritto, sono separati e quando l'essenza delle cose e il loro ordinamento ontologico, sono considerate non conoscibili».

⁸³ F. Gentile, 1984, 174.

⁸⁴ La tesi del rapporto intrinseco tra *essere* e *dover essere* è stata, com'è noto, impugnata dal neo-positivismo. Un caso tipico è la teoria della c.d. «fallacia naturalistica» che sostiene che dall'*essere* (natura) solo per errore (fallacia) può derivare il *dovere*. Essa è detta anche «tesi di Hume» perché fu proposta per la prima volta dal filosofo scozzese nel XVIII secolo. Questa frattura tra *essere* e *dover essere* ha sollevato tuttavia non poche perplessità e obiezioni. Sul tema v. l'ampio studio di G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, 1969.

⁸⁵ Al contrario ricordiamo come H. Rommen, 1965, 218, afferma che «il diritto naturale [...] deve sempre ritornare e di fatto ritorna sempre, quando il genio del diritto è alla ricerca della giustificazione di se stesso».

⁸⁶ All'analisi del problema del fondamento assoluto del diritto nel pensiero del secolo XX, e particolarmente nel pensiero di Kelsen, Pound e Hart, è dedicato il volume di F. Todescan, 2011. Per un ritorno all'ontologia giuridica e ai suoi problemi si vedano Aa. Vv., *Die ontologische Begründung des Rechts*, a cura di A. Kaufmann, 1965, S. Cotta, 1985; e D. Composta, 1994.

⁸⁷ Ricordiamo, in relazione all'uso di questo termine, come ad esempio F. Génys, 1924, 173-175, definisca «*irréductible*» il diritto naturale.

⁸⁸ H. Hart, 1965, 219.

⁸⁹ R. Pound, 2010, 276.

⁹⁰ Kelsen stesso, 1970, 408, lo riconosce quando afferma: «L'idea di un diritto positivo puro ha il suo limite, al pari di quella di diritto naturale».

del diritto⁹¹. Esse testimoniano, inoltre, come rilevava Pietro Piovani, che «nei confronti del giusnaturalismo, l'atteggiamento della seconda metà del Novecento, a ben guardare, è molto più benevolo, o indulgente, dell'atteggiamento prevalente nella seconda metà dell'Ottocento»⁹².

La legge naturale risponde alla ricerca di un'umanità che da sempre si interroga sulle regole della vita in comune e, facendo appello a quello che vi è di universale in ogni essere umano, riflette sui fondamenti dell'ordine giuridico e politico. Nel contesto di una società secolarizzata e pluralista come quella del XX secolo⁹³, emerge tuttavia la necessità di evitare di richiamarsi a tale nozione nella forma rigidamente matematica che aveva assunto la *Denkform* giusnaturalistica sei-settecentesca, caratterizzata dalla credenza in una natura umana astratta e atemporale, da cui la ragione sarebbe stata in grado di derivare un codice di leggi perfetto ed esaustivo⁹⁴. Il diritto naturale non può più essere presentato come un sistema chiuso di principi e di regole che si impongono *a priori* al legislatore, e si fa strada il problema della storicità della legge naturale⁹⁵, in particolare delle sue applicazioni concrete che possono variare nel tempo.

Mario G. Losano nella premessa alla nuova edizione italiana del saggio kelseniano *Das Problem der Gerechtigkeit*, scrive: «Il problema della giustizia è presente in tutta l'opera di Kelsen nel costante confronto col giusnaturalismo, nella costante affermazione d'un rigoroso positivismo giuridico - ma si tratta d'una presenza indiretta: è la presenza

⁹¹ Si profila qui il tema di un reciproco avvicinamento tra il fronte giuspositivista e quello giusnaturalista, riconosciuto ad esempio da N. MacCormick, 1990, 178, con la sua nota affermazione che «le forme migliori di giuspositivismo conducono, per molti importanti aspetti, a conclusioni simili a quelle delle versioni più plausibili di giusnaturalismo». Rispetto a questa tendenza «ecumenica» rimane invece scettico ad es. M. Barberis, 1994, 149-161, il quale afferma: «...se per avventura il ravvicinamento favorisse le omologazioni e i trasformismi correnti, allora meglio, molto meglio, conservare puntigliosamente tutte le differenze e concorrere da posizioni diverse sul libero mercato delle idee».

⁹² P. Piovani, 1961, 16. Anche Luigi Lombardi Vallauri, *Intervento* sulla relazione di G. Marini, 1977, 111, sia pure in riferimento alla prospettiva giusfilosofica italiana, notava che in genere il Novecento presentava una linea di tendenza «dall'anti al pro giusnaturalismo», riscontrabile addirittura fra le pieghe del positivismo giuridico, «se non altro per il posto continuamente crescente riconosciuto al diritto libero nell'ordinamento positivo, alle valutazioni autonome nell'attività del giurista e del giudice, che è un modo per reintrodurre tutto il problema etico-politico nel cuore stesso della scienza giuridica positiva». Analogamente anche C. G. Haines, 1930, aveva mostrato la persistente influenza delle idee giusnaturalistiche nella dottrina giuridica americana.

⁹³ Si vedano in proposito le riflessioni di G. Zaccaria, 2008, 559-584.

⁹⁴ Accanto alle categorie ermeneutiche dell'individualismo e della secolarizzazione, il razionalismo, inteso come posizione teoretica che intende la *ratio* come misura della verità, è considerato tratto distintivo del giusnaturalismo moderno (cfr. Fassò, 2006, 89-91; F. Todescan, 2009, 155-158; ma v. già le riflessioni di A. Del Noce, 1964, XVII-XIX).

⁹⁵ Il problema della storizzazione del diritto naturale è stato affrontato in modo particolarmente approfondito da A. Kaufmann, 1959, 178-196. Si tratta di un problema complesso, alimentato dalla distinzione tra assolutezza dei principi e mutevolezza delle applicazioni. In proposito si è parlato di due tipi di immutabilità: la prima, *soggettiva* o *gnoseologica*, riguarda la capacità umana, sia dei singoli sia dei gruppi sociali, di riconoscere un unico ordine oggettivo di leggi, in modo tale da affermarne la validità sempre e ovunque; la seconda, *oggettiva* o *ontologica*, riguarda invece la non modificabilità intrinseca di determinati principi o contenuti normativi. Sul tema cfr. M. Sancho Izquierdo, 1960, 433-448; P. Delhaye, 1960; R. M. Pizzorni, 1970, 84-117; e F. Carpintero, 2000, 470-530.

d'un invitato indesiderato [un invitato di pietra!], che si è deciso di tenere fuori dalla porta, cui bussa incessantemente»⁹⁶.

Questi esponenti del pensiero giuridico-politico del XX secolo, insomma, sono indotti ancora una volta, per ragioni diverse, a riflettere sul conflitto tra i decreti emanati da Creonte e i «νόμοι ἀγραφοί» difesi da Antigone⁹⁷, tema antico, ma eterno, rispetto al quale la storia recente ha emblematicamente offerto una lezione ammonitrice⁹⁸. Le loro riflessioni, al di là delle prese di posizioni critiche di ciascuno, testimoniano, direttamente o indirettamente, che il destino del diritto naturale è forse quello di riapparire, per dirla col Manzoni, «come l'ombra di Banco a Macbeth».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BARBERIS Mauro, 1994, «Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto». In *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di Mario Jori, 149-161, Giappichelli, Torino.

BERLIN Isaia, 1962, «Does Political Theory still Exist?». In *Philosophy, Politics and Society*, 145-172, Blackwell, Oxford.

BOBBIO Norberto, 1954, «La teoria pura del diritto e i suoi critici». In *Studi sulla teoria generale del diritto*, 75-107, Giappichelli, Torino.

BOBBIO Norberto, BOVERO Michelangelo, 1979, *Società e stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*. Il Saggiatore, Milano.

⁹⁶ H. Kelsen, 1998, XII.

⁹⁷ L'idea dell'esistenza di un diritto non scritto anteriore alle determinazioni giuridiche scritte si trova già nella cultura greca classica, esemplarmente raffigurata nella figura di Antigone, la figlia di Edipo, i cui fratelli, Eteocle e Polinice, si erano affrontati in battaglia per il potere e si erano reciprocamente uccisi. Com'è noto, Polinice, il ribelle, era stato condannato dal tiranno di Tebe, Creonte, a rimanere insepolto. Ma Antigone, per adempiere al dovere della pietà verso il fratello morto, si appellò contro il divieto di sepoltura pronunciato da Creonte, «alle leggi non scritte e immutabili». Cfr. in proposito F. D'Agostino, 1979; P. Moro, 2001, 90 ss; E. Rippepe, 2002, 677-718, e Aa.Vv., *Dike polyptinos. Archetipi di giustizia fra tragedia greca e dramma moderno*, a cura di G. Bombelli e A. Mazzei, introduzione di F. Todescan, 2004.

⁹⁸ Il tema del diritto naturale è stato sempre presente nella storia del diritto, ma se si volesse citare un episodio relativamente recente e particolarmente significativo, all'interno del quale esso è emerso in tutta la sua importanza e drammaticità, si potrebbe fare riferimento al processo di Norimberga, che approdò alla condanna dei giudici nazisti in base ai principi del diritto naturale. Si vedano in proposito, tra gli altri, F. de Fontette, 1997; i numerosi saggi raccolti in Aa.Vv., *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, a cura di A. Tarantino e R. Rocco, 1998; e in Aa.Vv., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, 2000.

BOGNETTI Giovanni, 1954, «Intorno al concetto di giustizia nel neorealismo giuridico». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 573-585.

BOGNETTI Giovanni, 1956-57, «Holmes e le origini del pensiero filosofico-giuridico americano del secolo XX». In *Studi Urbinati. Scienze Giuridiche ed Economiche*, XXV, 53-66.

BOGNETTI Giovanni, 1958, *Il pensiero filosofico giuridico nordamericano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*. Istituto Editoriale Cisalpino, Milano.

BOLAFFI Angelo, 2001, «Kelsen contro il diritto naturale». In *Micromega* 2, 116-155.

BOMBELLI Giovanni, MAZZEI Alessandra (a cura di), 2004, *Dike polypoinos. Archetipi di giustizia fra tragedia greca e dramma moderno*. Cleup, Padova.

CAPOGRASSI Giuseppe, 1952, «Impressioni su Kelsen tradotto». In *Opere*, V, 313-356, Giuffrè, Milano.

CARCATERRA Gaetano, 1969, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*. Giuffrè, Milano.

CARPINTERO Francisco, 2000, «La mutabilidad de la ley natural en Tomás de Aquino». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXVII, 470-530.

CASTIGNONE Silvana, 1995, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*. Giappichelli, Torino.

CATTANEO Mario A., 1965, «Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII, 673-694.

CELANO Bruno, 1990, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*. Giappichelli, Torino.

COMPOSTA Dario, 1994, *I fondamenti ontologici del diritto*. Urbaniana University Press, Roma.

COTTA Sergio, 1952, «Le basi storicistiche della concezione del diritto di Roscoe Pound». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXIX, 51-67.

COTTA Sergio, 1970, s. v. «Giusnaturalismo». In *Enciclopedia del Diritto*, XIX, 510-523, Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 1985, *Il diritto nell'esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè, Milano.

D'AGOSTINO Francesco, 1979, *Per una archeologia del diritto. Miti giuridici greci*. Giuffrè, Milano.

DELHAYE Philippe, 1960, *Permanence du droit naturel*. Nauwelaerts/Giard/Librairie Dominicaine, Louvain-Montréal-Lille.

DEL NOCE Augusto, 1964, *Il problema dell'ateismo*. Il Mulino, Bologna.

FARALLI Carla, 1984, «Lo strumentalismo e la teoria del diritto americana». In *Sociologia del Diritto*, 87-97.

FARALLI Carla, 1986, «Antropology and History in the Study of Law». In *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts*, a cura di Eugene Kamenka, Robert S. Summers, William L. Twining, 375-388, Duncker und Humblot, Berlin.

FARALLI Carla, 2002, *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*. Giappichelli, Torino.

FASSÒ Guido, 1964, *La legge della ragione*. Il Mulino, Bologna.

FASSÒ Guido, 2006, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III: *Ottocento e Novecento*, edizione aggiornata a cura di Carla Faralli. Laterza, Roma-Bari.

FONTETTE Francois de, 1997, *Il processo di Norimberga*. Editori Riuniti, Roma.

FRIEDMANN Wolfgang Gaston, 1949, *Legal Theory*. Stevens, London.

FROSINI Vittorio, 1953, «Pragmatismo e giusnaturalismo nel pensiero di R. Pound». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXX, 525-529.

GALÁN Y GUTIÉRREZ Eustaquio, 1954, *Ius naturae*. Meseta, Valladolid.

GENTILE Francesco, 1984, *Intelligenza politica e ragion di Stato*. Giuffrè, Milano.

GENTILE Francesco, 2006, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Cedam, Padova.

GENY François, 1924, «La nécessité du droit naturel. Nouvel examen critique du positivisme juridique». In appendice al quarto volume di *Science et technique en droit privé positif*, 173-175, Recueil Sirey, Paris.

GIANFORMAGGIO Letizia (a cura di), 1990, *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*. Giappichelli, Torino.

GOYARD-FABRE Simone (a cura di), 1986, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*. Centre de publications de l'Université de Caen, Caen.

HAINES Charles Grove, 1930, *The Revival of Natural Law Concepts. A study of the establishment and of the interpretation of limits on legislatures with special reference to the development of certain phases of American constitutional law*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

HART Herbert L. A., 1955, «Are there any natural rights?». In *The Philosophical Review*, LXIV, 175-191.

HART Herbert L. A., 1964, «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale». In *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di Vittorio Frosini, 105-166, Giuffrè, Milano (ed. or. «Positivism and the separation of Law and Morals», in *Harvard Law Review*, 1958, 593-629).

HART Herbert L. A., 1965, *Il concetto di diritto*. Einaudi, Torino (ed. or. *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961).

ILLUMINATI Giulio, STORTONI Luigi, VIRGILIO Maria (a cura di), 2000, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*. Giappichelli, Torino.

KAUFMANN Arthur, 1959, «Diritto naturale e storicità». In *Jus*, n. s., X, 178-196.

KAUFMANN Arthur (a cura di), 1965, *Die ontologische Begründung des Rechts*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

KELSEN Hans, 1919, «Zur Theorie der juristischen Fiktionen: Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob». In *Annalen der Philosophie*, I, 630-658.

KELSEN Hans, 1922, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. Mohr, Tübingen.

KELSEN Hans, 1927-28, «Naturrecht und positives Recht: Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses». In *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, II, 71-94.

KELSEN Hans, 1931, «Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung». In *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, LXVI, 449-521.

KELSEN Hans, 1948, *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*. University of California Press, Berkeley.

KELSEN Hans, 1955, *The Communist Theory of Law*. Praeger, New York.

KELSEN Hans, 1959, «Justice et Droit naturel». In *Annales de Philosophie Politique*, III, 1-123.

KELSEN Hans, 1963, «Die Grundlage der Naturrechtslehre». In *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIII, 1-37.

KELSEN Hans, 1966, *La dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960).

KELSEN Hans, 1970, «La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza». In ID., *I fondamenti della democrazia*, il Mulino, Bologna (ed. or. «The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science», in *The Western Political Quarterly*, 1949, II, 481-513).

KELSEN Hans, 1978, *Socialismo e Stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*. De Donato, Bari (ed or. *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Hirschfeld, Leipzig, 1920).

KELSEN Hans, 1985, *Teoria generale delle norme*. Einaudi, Torino (ed. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979).

KELSEN Hans, 1994⁶, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*. In appendice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, prefazione di E. Gallo, introduzione di G.

Pecora, Etaslibri, Milano (ed. or. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlin-Charlottenburg, 1928).

KELSEN Hans, 1998, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino (ed. or. *Das Problem der Gerechtigkeit*, Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960).

LAGARDE Georges de, 1958², *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*. Éditions E. Nauwelaerts, Louvain-Paris.

LA TORRE Massimo, 1989, «La teoria del diritto soggettivo nel "primo Kelsen"». In *Rivista di Filosofia del Diritto*, 58-94.

LOMBARDI VALLAURI Luigi, 1977, *Intervento* sulla relazione di G. MARINI, «Il giusnaturalismo nella cultura filosofica italiana del Novecento». In *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX^o*. Atti dell'XI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, vol. II, 111-113, Giuffrè, Milano.

MACCORMICK Neil, 1990, «Diritto morale e positivismo *giuridico*». In MACCORMICK Neil, WEINBERGER Ota, *Il diritto come istituzione*, 157-179, Giuffrè, Milano.

MANTILLA PINEDA Benigno, 1966, «Essere e dover essere in Hans Kelsen». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIII, 745-760.

MCMANAMAN Linus J., 1958, «Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound». In *St. John's Law Review*, XXXIII, 1-47.

MORO Paolo, 2001, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo*. Libreria Al Segno, Pordenone.

NINO Carlos Santiago, 1994, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Librería Anticuaria El Camino de Santiago, Barcelona.

OPOCHER Enrico, 1983, *Lezioni di filosofia del diritto*. Cedam, Padova.

PALAZZOLO Vincenzo, 1957, *Scienza ed epistemologia giuridica*. Cedam, Padova.

PASSERIN D'ENTRÉVES Alessandro, 1962, *La dottrina del diritto naturale*. Edizioni di Comunità, Milano.

PASSERIN D'ENTRÉVES Alessandro, 1965, «Un nocciolo di buon senso. A proposito della teoria del diritto naturale in H. Hart». In *Iustitia*, XVIII, 167-189.

PATRONO Mario, 2000, *Hans Kelsen. Storia di tre storie*. Giuffrè, Milano.

PATTARO Enrico, 1985, «Sul realismo normativistico (Hägerström e Hart)». In *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XV, 327-344.

PATTERSON Edwin Wr., 1947, «Pound's Theory of Social Interest». In AA.Vv., *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essay in Honor of R. Pound*. Oxford University Press, New York.

PAULSON L. Stanley, 2000, «On Transcendental Arguments, Their Recasting in Terms of Belief, and the Ensuing Transformation of Kelsen's Pure Theory of Law». In *Notre Dame Law Review*, LXXV, 1775-1796.

PIOVANI Pietro, 1961, *Giusnaturalismo ed etica moderna*. Laterza, Bari.

PIZZORNI Reginaldo Maria, 1970, «La dinamica del diritto naturale». In *Aquinas*, XIII, 84-117.

POUND Roscoe, 1911, «The Scope and Purpose». In *Harvard Law Review*, XXV, n. 2, 140-168.

POUND Roscoe, 1931, «The Call for a Realistic Jurisprudence». In *Harvard Law Review*, XLIV, n. 5, 697-711.

POUND Roscoe, 1937, «Fifty Years of Jurisprudence». In *Harvard Law Review*, vol. LI, n. 5, 777-812.

POUND Roscoe, 1946², *Interpretations of Legal History*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.)

POUND Roscoe, 1970, *Lo spirito della Common Law*. Giuffrè, Milano (ed. or., *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, Frankestown [New Hampshire], 1921).

POUND Roscoe, 2010, «Diritto naturale e diritto naturale positivo». In *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di Costanza Ciscato e Franco Todescan, 275-296. Wolters Kluwer, Padova (ed. or. «Natural Law and Positive Natural Law». In *Natural Law Forum*, 1960, V, 70-82).

RICOEUR Paul, 1986, *La semantica dell'azione*. Jaca Book, Milano.

RIPEPE Eugenio, 2002, «Ricominciare da Antigone o ricominciare dall' "Antigone". Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto». In *Studi in onore di Antonio Cristiani*, 677-718, Giappichelli, Torino.

ROEHRSSSEN Carlo (a cura di), 1983, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*. Treccani, Roma.

ROMMEN Heinrich, 1965, *L'eterno ritorno del diritto naturale*. Studium, Milano (ed. or. *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Hegner, Leipzig, 1936).

SANCHO IZQUIERDO Miguel, 1960, «Mutabilidad e inmutabilidad del derecho en Santo Tomás y en Suárez». In *Estudios jurídico-sociales*. Homenaje al prof. L. Legaz y Lacambra, vol. I. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 433-448.

SANDIN Robert T., 1962, «The Founding of the Uppsala School». In *Journal of the History of Ideas*, XXIII, 496-512.

SCHIAVELLO Aldo, 2005, «Diritto, morale, positivismo giuridico: la storia infinita». In *Diritto e Questioni pubbliche*, V, 153-156.

SIOTTO PINTOR Manfredi, 1923, «Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero d'un giurista-filosofo americano». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, III, 108-142.

SOLARI Gioele, 1959², *Filosofia del diritto privato, I: Individualismo e diritto privato*. Giappichelli, Torino.

STONE Julius, 1965, «Roscoe Pound and Sociological Jurisprudence». In *Harvard Law Review*, LXXVIII, 1578-1584.

STRAUSS Leo, 1957, *Diritto naturale e storia*. Neri Pozza, Venezia (ed. or. *Naturrecht und Geschichte*, Koehler, Stuttgart 1953).

TARANTINO Antonio, ROCCO Rita (a cura di), 1998, *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*. Giuffrè, Milano.

TARELLO Giovanni, 1962, *Il realismo giuridico americano*. Giuffrè, Milano.

TARELLO Giovanni, 1967, s.v. «Realismo giuridico». In *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 923-933, Utet, Torino.

TARELLO Giovanni, 1976, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto*. Il Mulino, Bologna.

TODESCAN Franco, 2002, *Giovanni Duns Scoto*. Cedam, Padova.

TODESCAN Franco, 2011, *Il «caso serio» del diritto naturale. Il problema del fondamento ultimo del diritto nel pensiero giuridico del sec. XX*. Wolters Kluwer, Milano.

TODESCAN Franco, 2013, *Compendio di storia della filosofia del diritto*. Wolters Kluwer, Milano.

TODESCAN Franco, 2014, *Lex, Natura, Beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI*. Wolters Kluwer, Milano.

TREVES Renato, 1933-34, «Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen». Estratto dagli *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, LXIX.

VILLEY Michel, 1985, *La formazione del pensiero giuridico moderno*. Jaca Book, Milano (ed. or. *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968).

WELZEL Hans, 1965, *Diritto naturale e giustizia materiale*. Giuffrè, Milano (ed. or. *Naturrecht Und Materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962).

WHITE Morton, 1956, *La rivolta contro il formalismo*. Il Mulino, Bologna (ed. or. *Social Thought in America. The Revolt against Formalism*, Viking, New York, 1949).

WOLF Erik, 1951, *Grosse Rechtsdenken der deutsche Geistesgeschichte*. Mohr, Tübingen.

ZACCARIA Giuseppe, 2008, «Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale». In *Ragion Pratica*, XXXI, 559-584.