

Prefazione: H.L.A. Hart e la Jurisprudence ad Oxford

Il presente lavoro costituisce un saggio su una delle caratteristiche necessarie del diritto: la sua generalità. Io sostengo che il fatto che molte delle norme di qualsiasi sistema giuridico siano norme generali costituisca una caratteristica necessaria del diritto, che il potere delle istituzioni giuridiche è dotato necessariamente di una qualche generalità e che i sistemi giuridici sono necessariamente generali per alcuni altri aspetti.

Sono grato al Professor Vignudelli per avermi invitato a contribuire con questo studio alla collana *Piccole Conferenze*. Lo studio è stato originariamente scritto per una raccolta¹ in occasione dei 50 anni dalla prima pubblicazione del volume di H.L.A. Hart "*Il concetto di diritto*"². Per tutti i lettori di *Piccole Conferenze*, ho voluto aggiungere questa ampia Prefazione, fornendo un breve (e, naturalmente, un po' dogmatico) resoconto circa alcuni profili della filosofia del diritto sviluppatasi ad Oxford nel corso di questi cinquant'anni. In particolare, vorrei fare un'osservazione sul modo in cui H.L.A. Hart ha influenzato lo sviluppo della nostra materia all'interno dell'Università. Questa prefazione, e la bibliografia illustrativa del lavo-

ro sulla teoria generale del diritto ad Oxford che è posta alla fine di questo volume, sono ovviamente molto limitate! E tuttavia ci può comunque essere una qualche importanza nella storia di una particolare università, in quanto so che lo sviluppo della filosofia giuridica in Italia in questi cinquant'anni ha comportato un attento interesse, da parte di molti filosofi del diritto, a quanto è avvenuto ad Oxford. Alcuni filosofi del diritto italiani sono profondamente in disaccordo con molto di quanto è stato scritto ad Oxford in questo periodo. A mio parere, ciò li rende membri onorari della comunità di filosofia del diritto di Oxford: ogni filosofo del diritto che conosco ad Oxford non è d'accordo con molto di quanto è stato scritto ad Oxford. Un messaggio importante che voglio trasmettere in questa prefazione è che la filosofia del diritto di Oxford nel mezzo secolo trascorso è stata caratterizzata da profonde divergenze tra i filosofi del diritto, che sono emerse nella maggior parte dei casi in cui gli stessi sono entrati in discussione tra loro. Chiunque entri alla Facoltà di Giurisprudenza, come studente o come membro accademico, apprende sin dal primo giorno che i grandi autori sono fondamentalmente in disaccordo gli uni con gli altri, così che ognuno deve farsi la propria opinione sulle problematiche

importanti della nostra disciplina (e occorre farsi la propria opinione anche sulla questione in ordine a quali siano le problematiche importanti). Questa libertà, e la responsabilità intellettuale che ne deriva, è dovuta moltissimo all'influenza di H.L.A. Hart.

Risultato di tale clima, in cui nessuno è d'accordo con nessuno solo perché lui o lei è un'autorità, è che la *jurisprudence* di Oxford non è una scuola di pensiero. Naturalmente, nessuna università è omnicomprensiva e ci sono molti approcci alla filosofia del diritto che troverete sottorappresentati o non rappresentati per niente ad Oxford. In generale, la filosofia continentale del ventesimo secolo non ha influito molto sulla filosofia del diritto ad Oxford e non c'è stato molto lavoro nelle forme "critiche" della filosofia giuridica. Lo studio del diritto e dell'economia non ha avuto ad Oxford lo stesso effetto che ha avuto su alcuni aspetti della filosofia del diritto americana. Il lavoro svolto ad Oxford è stato senza dubbio pesantemente influenzato dalla filosofia analitica della mente, dell'azione e del linguaggio, dalla teoria politica anglo-americana e da approcci alla filosofia morale che devono molto a Platone e ancor di più ad Aristotele. Con questo non voglio dire che ad Oxford ci sono voci per tutte le possibili opinioni rispetto alle que-

stioni centrali della filosofia del diritto. Ma non esiste una scuola di teoria del diritto ad Oxford. Non vi è alcun corpo sistematico di dottrine di filosofia del diritto rispetto al quale i membri della facoltà tendono a concordare. Non c'è una generale opinione condivisa, ad eccezione di quella per cui le opinioni non hanno il valore di progresso nella conoscenza, a meno che non possano essere difese attraverso l'argomentazione.

Probabilmente, questa opinione condivisa deve molto a H.L.A. Hart. Egli non ha plasmato la filosofia del diritto, né ad Oxford né altrove, attraverso la creazione di una scuola. Ha fatto qualcosa di diverso, e qualcosa che sono certo egli deve aver considerato una fonte di problemi. Tuttavia, deve averla ritenuta anche gratificante. Ne *Il concetto di diritto*, così come indubbiamente anche nel suo insegnamento e nel resto dei suoi scritti, egli ha stimolato le persone a spiegare perché sono in disaccordo con lui. Permettetemi di illustrare i modi in cui le critiche sollevate dal libro hanno lasciato un'impronta profonda nel lavoro della teoria generale del diritto ad Oxford.

A mio avviso, *Il concetto di diritto* ha apportato tre grandi contributi alla filosofia del diritto. Il primo contributo si trova nel Capitolo I, dove Hart dà conto di un metodo nella

teoria generale – e nella teoria della vita sociale in generale – che si occupa delle caratteristiche salienti di casi centrali del fenomeno oggetto di studio. Il secondo contributo distintivo del libro è la “teoria della pratica delle norme” (*practice theory of rules*), che considera le norme sociali come costituite da una forma di pratica sociale. La *practice theory* distingue le regole sociali dalle semplici abitudini, sulla base del fatto che una regola sociale comporta un atteggiamento condiviso, critico o “normativo” rispetto alla regolarità in questione. Hart ha suggerito che le norme giuridiche sono spiegabili alla luce della *practice theory of rules*; ma forse il modo migliore per capire il libro è quello di sostenere non che le norme giuridiche sono norme sociali, ma che esse sono rese valide da una norma sociale – la “norma di riconoscimento”. La norma di riconoscimento è un elemento principale nel terzo contributo peculiare del libro: la considerazione da parte di Hart degli aspetti in cui il diritto è sistematico. Hart afferma che la “chiave della scienza della *jurisprudence*” è la combinazione di norme primarie e secondarie in un sistema giuridico, e le specifiche norme secondarie di riconoscimento, cambiamento e giudizio sono caratteristiche salienti proprie del nucleo principale di un sistema giuridico.

Ciascuno di questi importanti contributi rappresenta un progresso – sorprendente e originale – del lavoro di Bentham, Austin e Kelsen (i tre filosofi del diritto il cui lavoro affascino particolarmente Hart). Ci vorrebbe più spazio di quello che ho a disposizione per difendere questo punto di vista; quello che voglio evidenziare qui è che cosa è successo dopo che Hart pubblicò il suo libro. Ciascuno dei tre grandi contributi di Hart ne *Il concetto di diritto* è diventato l'obiettivo di altri filosofi del diritto ad Oxford. Possiamo illustrare questo fatto attraverso il brillante lavoro di tre suoi allievi, che sono diventati professori ad Oxford: Ronald Dworkin, Joseph Raz e John Finnis. Dworkin ha respinto sia il metodo di Hart, sia la *practice theory of rules*. Ha costruito la sua originale teoria del diritto, sostenendo la centralità dei principi nel diritto. Questo argomento non solo aggiunse qualcosa al “modello delle norme” di Hart; Dworkin rifiutò le stesse basi di tale modello, sostenendo che non esiste una norma sociale condivisa per identificare i principi giuridici. E per sostituire il vano tentativo di identificare i comportamenti condivisi che potrebbero costituire tale norma sociale, egli adottò il metodo “interpretativo”, che era profondamente in contrasto con la proposta di Hart di illustrare ciò che sia rilevante ne-

gli aspetti di una pratica con la quale tutti abbiamo familiarità.

Joseph Raz, come studente di dottorato sotto la supervisione di Hart, sviluppò un approccio radicalmente diverso rispetto al terzo contributo distintivo de *Il concetto di diritto* – la spiegazione dell’aspetto sistematico del diritto. Con il suo primo libro, *Il concetto di sistema giuridico*³, Raz diede avvio ad un modo di affrontare il problema iniziando volutamente a spiegare il diritto attraverso il riferimento ai motivi di un’azione – un metodo che respinse il tentativo di Hart di spiegare la normatività del diritto ponendo l’accento sui fatti sociali, senza riferimento alla ragione. Questo contrasto fondamentale emerse più chiaramente nella sorprendente demolizione da parte di Raz della *practice theory of rules*, nei suoi libri *The Authority of Law* e *Practical Reason and Norms*⁴.

John Finnis iniziò la sua opera più importante, *Legge naturale e diritti naturali*, con un argomento che Hart aveva tralasciato nella elaborazione del suo metodo dei “casi centrali”. Dal punto di vista di Finnis, non era sufficiente segnalare gli atteggiamenti che le persone assumono verso le norme in un caso centrale di un sistema giuridico; per raggiungere lo scopo proprio di Hart di “chiarire” le pratiche sociali, secondo Finnis, è ne-

cessario spingere il metodo molto oltre, in modo da vedere all'interno della pratica sociale l'importanza dei giudizi normativi che sono *essenziali* per l'auto-comprensione dei partecipanti nella pratica. Questo approccio rivoluzionario al principio metodologico di Hart divenne il modo di procedere di Finnis per difendere una teoria del diritto naturale che rappresenta il diritto positivo come una serie sistematicamente preziosa di tecniche per il coordinamento della vita di una comunità umana, per il bene comune.

Come potrete cogliere da questa sintesi iper-semplificata di ciò che è accaduto ad Oxford in risposta a *Il concetto di diritto*, questi successori di H.L.A. Hart sono tutti in disaccordo rispetto alle tesi fondamentali del libro e sono in disaccordo tra di loro su come si dovrebbe essere in disaccordo con Hart. La sua influenza è stata di suscitare disaccordo. E l'influenza di Dworkin, Finnis e Raz sull'attuale generazione di filosofi del diritto (ad Oxford e in tutto il mondo) fu molto grande, in particolare a causa del loro ruolo di supervisori degli studenti nel piano di studi del dottorato di ricerca di Oxford, che conobbe una rapida crescita. Ma, come per Hart, la loro influenza non fu (o non fu principalmente) nel senso di ispirare i loro studenti o i loro lettori a concordare con loro. Il loro atteggiamento

mento nei confronti del lavoro di Hart si trasferì sui loro stessi allievi. È l'atteggiamento di un allievo il cui rispetto per il maestro è riflesso in una volontà di trovare efficaci argomenti per essere in disaccordo con lui.

Oggi, naturalmente, l'influenza di Hart continua non solo in terza battuta, attraverso l'atteggiamento di una terza generazione che segue le tracce del suo approccio. Come altri filosofi del diritto, abbiamo la possibilità di beneficiare direttamente della sua opera. Ed è un segno della fruttuosità del lavoro di Hart il fatto che *Il concetto di diritto* generi tuttora nuove opportunità di critica – e, naturalmente, nuove opportunità di imparare dalle intuizioni di Hart. *Il concetto di diritto* è duraturo. Le sue argomentazioni non sono datate. Il tono del libro è, per così dire, di un altro tempo. È il suono degli anni Cinquanta in Inghilterra. Se si desidera una guida all'epoca ed all'ambiente in cui Hart stava scrivendo, lo si può trovare nell'autobiografia di sua moglie Jenifer, *Ask Me No More*⁵. Lì, troverete un tono simile e lo stesso desiderio di sincerità e di chiarezza, che Jenifer Hart e L. H. A. Hart condividevano in quanto membri di una classe colta degli anni Cinquanta e Sessanta che gli inglesi non ritenevano nemmeno esistesse. Per un vivace, caratteristico e divertente resoconto su

Oxford a quell'epoca, consiglio la lettura di *Reflections on The Concept of Law*, di Brian Simpson, un notevole memoriale che si concentra sul lavoro di Hart, redatto da un noto insegnante di diritto e studioso⁶.

Il concetto di diritto è un libro di un'epoca passata. Ma nelle verità che sostiene in ordine alla natura del diritto, *Il concetto di diritto* non è obsoleto. E gli errori nel libro, per dirla con le parole di Hart, "indicano la verità" oggi⁷. Se leggerete il libro, troverete una spiegazione della natura del diritto offertavi da una persona che si batteva per la chiarezza. Vi assicuro che troverete sempre qualche aspetto rispetto al quale sarete in disaccordo. Potrebbe fornirvi indicazioni verso la verità.

Nel presente saggio, il mio obiettivo è quello di dimostrare come sia possibile arrivare ad un nuovo livello di conoscenza del diritto, semplicemente individuando in quali punti dissentire da Hart. Farò ciò discutendo una cosa di fondamentale importanza nel diritto, che non è discussa abbastanza nella teoria del diritto di lingua inglese: la necessaria generalità del diritto. Si tratta di qualcosa che Hart affronta in un modo tipicamente originale e intelligente, ma forse senza rendersi conto di stare sfiorando qualcosa che è di fondamentale importanza per il suo progetto di spiegare il concetto di diritto.

Nelle otto pagine del Capitolo II de *Il concetto di diritto*, Hart semplicemente identifica una teoria alla quale intende dedicarsi. Il Capitolo II non chiarisce nemmeno le basi della costruzione della sua visione (egli ne chiarisce il fondamento nei Capitoli III e IV, demolendo la teoria identificata nel Capitolo II). Eppure, c'è moltissimo in questo breve capitolo preliminare. È un saggio accidentale sulla generalità del diritto. Lo definisco "accidentale" perché non esiste alcun indizio circa il fatto che Hart si fosse impegnato per fornire una descrizione della generalità.

La teoria imperativistica nella sua forma più semplice stabilisce, secondo Hart, che le disposizioni sono ordini coercitivi. Egli, nell'impostare il suo discorso, utilizza la versione della teoria elaborata da Austin, in quanto tale Autore la presentò più chiaramente e semplicemente di quanto fece Bentham. Prima di identificarne gli errori, Hart cominciò ad esporla rendendola meritevole di critiche. Una teoria è meritevole di critiche non semplicemente in quanto sbagliata, ma solo nel momento in cui possiamo imparare qualcosa di utile dai suoi errori. Hart suggerisce che abbiamo più speranze di imparare qualcosa, se noi per primi mostriamo il modo migliore in cui possiamo sostenerla. Se le leggi di un paese fossero ordini coercitivi,

potrebbero sembrare simili ai comandi di un bandito. Ma la semplice teoria imperativistica può in realtà distinguere il diritto dai comandi di un bandito, in vari modi. Nel Capitolo II, Hart spiega come è possibile fare ciò, mettendo a punto una forma della teoria imperativistica rispetto alla quale è utile discordare. Egli mira a «garantire che la dottrina da noi considerata e criticata sia esposta nella sua forma più solida»⁸. Nei Capitoli III e IV egli utilizza due errori interdipendenti che ha trovato nella teoria imperativistica come indicatori della verità sulla natura del diritto. In sintesi, la posizione della teoria in ordine alla normatività delle regole non è convincente e così pure quella sul sistema normativo. Questi errori saranno più utili per lo scopo di chiarire la natura del diritto, se la teoria imperativistica viene presentata nel modo più solido possibile. Il Capitolo II è un saggio sui modi in cui la teoria imperativistica potrebbe distinguere fra leggi e comandi di un bandito; Austin avrebbe potuto essere d'accordo.

Il saggio assume l'aspetto di un elenco. È originale, un po' distratto e incompleto. Hart inizia enumerando le caratteristiche che distinguono le disposizioni dai comandi del bandito, poi interrompe l'enumerazione, e non ci rende mai noto quante siano queste caratteristiche. E non precisa mai ciò che le unisce.

Ciò che le unisce è *la generalità del diritto*. Esse riflettono tutte la necessità, in ogni accurata ricostruzione delle disposizioni, e in ogni accurata considerazione dell'esistenza e dell'autorità delle istituzioni giuridiche e dei sistemi giuridici, di proposizioni che generalizzino attraverso categorie di casi. Descriverò a grandi linee i principali modi in cui il diritto è necessariamente generale (Sezione 1). Comincerò dalla considerazione di Hart, ma includerò aspetti della generalità nel diritto che il suo saggio accidentale non menziona.

Il più importante aspetto in cui il contributo di Hart può essere completato riguarda la spiegazione dei ruoli e dell'importanza delle norme particolari in un sistema giuridico. Hart afferma che gli ordini particolari o sono eccezionali, o sono "elementi concomitanti sussidiari" di forme generali di direttive⁹. Qui si trova la più evidente incompletezza delle sue considerazioni sulla generalità. Sosterrò nella Sezione 2 che anche la particolarità è una caratteristica necessaria di un sistema giuridico. Le disposizioni particolari non sono eccezionali, ed è fuorviante chiamarle "ancillari". Ciò senza nulla togliere all'intuizione di Hart in ordine al fatto che il diritto include necessariamente regole generali. La generalità del diritto si comprende

meglio alla luce della necessaria particolarità del diritto, e la combinazione di generalità e particolarità è essa stessa una caratteristica necessaria di un sistema giuridico.

Nella Sezione 3, argomenterò su che cosa significhi “necessario” in queste argomentazioni. Costituisce un’idea diffusa quella per cui i teorici del diritto non dovrebbero cercare di identificare le caratteristiche necessarie del diritto; credo che tale diffusa idea sia sbagliata. Nella Sezione 4, concluderò affermando che gli scopi di Hart richiedono giudizi di valore sul diritto. Nel suo metodo di utilizzare l’analisi dell’uso del linguaggio per trarre conclusioni in ordine a quali aspetti sono necessariamente propri del diritto, Hart mostra una studiata ambivalenza nei confronti del valore del diritto. È possibile fare passi avanti con l’obiettivo proprio di Hart – l’obiettivo di fare chiarezza –, se siamo, invece, completamente aperti nella comprensione e nel dire cosa è bene e cosa è male circa il diritto. Collocando il percorso del libro alla fine del Capitolo I, Hart afferma che gli errori della teoria imperativistica considerata nella sua forma più semplice «indicano la verità»¹⁰. L’ambivalenza di Hart è un errore che indica la verità: che la spiegazione del concetto di diritto dipende da una spiegazione in ordine al valore del diritto.