

HART'S BLIND SPOT. IL TASSELLO MANCANTE IN THE CONCEPT OF LAW

BRUNO CELANO

Università di Palermo
celano@unipa.it

1. *La macchia cieca*

In apertura di *The Concept of Law* (d'ora in avanti, CL) Hart osserva: "the most prominent general feature of law at all times and places is that its existence means that certain kinds of human conduct are no longer optional, but in *some* sense obligatory" (1961, p. 6; cfr. anche p. 80: "where there is law, there human conduct is made in some sense non-optional or obligatory")¹.

Questa osservazione appare innocua. Ma c'è un trucco. L'osservazione suggerisce un'identificazione: l'identificazione fra l'essere una linea di condotta 'non-opzionale' e il suo essere 'obbligatoria'. E questa identificazione è fallace.

Hart chiarisce esplicitamente che la caratteristica in questione – l'essere, un certo tipo di comportamento non più opzionale, ma obbligatorio – non è "semplice". Scrive: "è possibile distinguere, entro la sfera della condotta non-opzionale, obbligatoria, più forme" ("within the sphere of non-optional obligatory conduct we can distinguish different forms"; CL, p. 6, trad. it. p. 9). Vi sono, cioè, più sensi, o modi, nei quali un certo comportamento può dirsi non (o non più) opzionale, o obbligatorio. La distinzione che, qui, Hart ha in mente, e analizza è, come adesso vedremo, quella fra l'essere obbligati e l'aver un obbligo. Ma, ripeto, il problema è – a monte rispetto a questa distinzione – l'identificazione, che Hart suggerisce e sembra sottintendere (ma non asserisce, né, tanto meno, argomenta), fra il non (più) opzionale e l'obbligatorio.

"The simplest sense in which conduct is no longer optional", Hart prosegue, "is when one man is forced to do what another tells him; not because he is physically compelled in the sense that his body is pushed or pulled about, but because the other threatens him with unpleasant consequences if he refuses" (CL, p. 6, trad. it. p. 9). Questo tipo di situazione è esemplificato dal caso di un bandito che minaccia un passante con un coltello, ingiungendogli di consegnargli il portafoglio. In un caso di questo tipo, rileva Hart, se colui al quale viene detto di fare una certa cosa la fa effettivamente (se il passante

¹ Questo, dice Hart, è il "punto di partenza" sia della teoria di Austin, sia della sua propria teoria (CL, p. 80).

consegna il portafoglio al bandito), si dirà che egli 'è stato obbligato' ad agire così ('*he was obliged to do so*') (CL, p. 6, trad. it. p. 9).

Il secondo senso, 'meno semplice', in cui la condotta umana è 'non-opzionale, obbligatoria' ("a second way in which conduct may be not optional but obligatory", CL, p. 7) che Hart prende in considerazione in CL è l'essere un certo comportamento *moralmente* obbligatorio (Hart cercherà poi di enucleare e definire un terzo senso, quello dell'obblico giuridico). Da qui, l'impostazione di fondo del libro: "promuovere la comprensione di diritto, coercizione, e moralità come tre fenomeni sociali diversi, ma connessi" (CL, p. v; lo "scopo (*pur pose*)" del libro è "[to provide] a better understanding of the resemblances and differences between law, coercion, and morality, as types of social phenomena", CL, p. 17)²; da qui, il suo problema fondamentale (CL, p. 13): quali sono le relazioni che intercorrono fra il diritto, da un lato, e, d'altro lato, la coercizione e la morale?

Sullo sfondo, però, resta l'identificazione fra il non-opzionale e l'obbligatorio, apparentemente sottintesa, non tematizzata, né messa in questione³. Ebbene: 'obbligatorio' non è la negazione di 'opzionale'. Piuttosto, (1) ci sono modi di rendere la condotta non-opzionale che non consistono né nella manipolazione fisica (trascinamento, spinta) del corpo del paziente⁴, né nell'imposizione di obblighi. Altri modi, alcuni dei quali sono forme di esercizio di *potere*, potere sociale. (2) Il diritto riflette, sancisce, rinforza, costituisce alcuni di essi – alcune delle relazioni di potere che istanziano l'uno o l'altro di questi modi. (3) CL, in ragione dello slittamento concettuale che ho messo in luce, e dell'impostazione problematica di fondo che, come abbiamo visto, ne consegue ("promuovere la comprensione di diritto, coercizione, e moralità come tre fenomeni sociali diversi, ma connessi"; CL, p. v) resta cieco nei confronti di questa dimensione del diritto: resta cieco rispetto a molte delle relazioni possibili fra diritto e potere.

In altri termini: la questione dei rapporti fra diritto e potere non si esaurisce nella questione del rapporto fra diritto e coercizione. Ma Hart, in CL, delle relazioni fra diritto e potere, coglie soltanto quest'ultimo aspetto. Questa è la macchia cieca di CL.

² Hart aggiunge qui (CL, p. 17) l'indicazione di un secondo obiettivo: "[to provide] an improved analysis of the distinctive structure of municipal legal systems". Ma non c'è dubbio che il problema dal quale la costruzione di CL è guidata, e che governa lo sviluppo dell'analisi, è quello indicato nel testo: delimitare il campo del diritto come un *tertium quid* fra moralità (obbligo morale) e coercizione (essere obbligati).

³ "[T]he sphere of non-optional obligatory conduct", scrive Hart; l'espressione è ambigua. se fra i termini '*non-optional*' e '*obligatory*' ci fosse una virgola l'identificazioe sarebbe esplicita; ma così l'alternativa – se l'obbligatorio ia una forma particolare del non-opzionale, o sia lo stesso che il non-opzionale – resta indecisa. Altre formulazioni ambigue: "a second way in which conduct may be *not optional but obligatory*" (CL, p. 7, cors. mio); "non-optional or obligatory" (CL, p. 80).

⁴ Una possibilità che, come abbiamo visto, Hart menziona, ma che, in CL, non indaga. Il fatto che egli la menzioni implica che Hart, interrogato, non sosterrebbe certamente che 'obbligatorio' è la negazione di 'opzionale', ma il punto resta in sospeso.

2. Il diritto come potere: alcune varietà

A questo punto, sorgeranno spontanee due obiezioni.

(1) Hart non ha forse 'scoperto' la classe delle norme che conferiscono poteri? Come si può sostenere che la mancata considerazione del rapporto fra diritto e potere è la macchia cieca di CL?

(2) Può accadere, rileva Hart, che un sistema giuridico riservi la sua protezione, e gli altri benefici che derivano dalla sua esistenza, a una classe particolare degli individui cui le sue regole si applicano. Non è questo un modo – *il modo* – in cui può accadere che il diritto rifletta, e concorra a costituire, relazioni di potere sociale?

Un terzo punto, poi, richiede chiarificazione. La seconda premessa del mio argomento (sopra, 1, penultimo c.v.) è che il diritto riflette, sancisce, rinforza, costituisce alcuni dei modi, diversi dalla coercizione o dall'imposizione di obblighi (e dalla spinta o trascinarsi del corpo), in cui il comportamento umano può essere reso non-opzionale, e che questi siano modi di esercizio del potere, che istanziano forme di potere sociale. Che cosa significa questo? Quali forme, o modi? Quali relazioni di potere?

Considero il primo e il terzo punto in questo paragrafo (rispettivamente, 2.1 e 2.2). La seconda obiezione verrà discussa nel prossimo paragrafo (infra, 3).

2.1 Poteri normativi

Secondo Hart, uno dei tratti distintivi di un sistema giuridico sviluppato è la presenza di norme che conferiscono poteri. In antitesi rispetto a una rappresentazione piattamente imperativista del diritto, in CL non si fa che parlare di poteri, pubblici o privati. Come si può sostenere che la relazione fra diritto e potere è la macchia cieca di CL?

Semplice: i poteri di cui così ampiamente si discute in CL sono poteri normativi: poteri, istituiti da norme, di produzione e applicazione di norme. Sono, cioè, poteri mediante i quali il diritto regola la sua propria produzione, o applicazione: "*legal powers*" (CL, p. 32). Ma questa è solo una delle facce del potere, una fra le molte forme di potere sociale. Ci sono molte altre forme di potere sociale: potere fisico, o psicologico, non consistente nell'esercizio di poteri normativi.

L'unica forma di potere (a parte i poteri normativi) che, in CL, il diritto esplica è il "potere coercitivo (*coercive power*)", consistente nella capacità di ottenere l'esecuzione o l'omissione di certe azioni mediante l'emissione di minacce, credibili, di sanzioni punitive in caso di inadempimento. E questa è una grave limitazione⁵.

⁵ Hart intende per 'coercizione' la minaccia di "reazioni ostili" (CL, p. 10) in caso di inadempimento. Altri modi di esercizio della forza mediante il diritto che Hart altrove menziona sono la detenzione di gruppi ostili in tempo di guerra, o di malati di mente, e la quarantena (PaR,

2.2 Il diritto come veicolo di poteri sociali

Ma perché mai si tratterebbe di una limitazione? In che senso il diritto riflette, sancisce, rinforza, costituisce relazioni di potere sociale ulteriori rispetto alla coercizione (e che non sono poteri normativi)? Quali altre relazioni?

Si dirà: se il diritto serve il potere è cosa che riguarda il suo contenuto, contingente. Se, ad es., il diritto serve l'egemonia borghese, ciò attiene al suo particolare contenuto in un particolare contesto storico-sociale: e non è, dunque, materia di un'indagine di *general jurisprudence*.

Questo è vero. Ma le cose non sono così semplici. Ci sono altri modi in cui il diritto 'serve il potere', altri tipi di potere che esso serve, che non sono liquidabili come una questione di contenuti storici contingenti. Ne elencherò, adesso, alcuni.

Prima, però, è opportuna una precisazione. In quanto segue, farò affidamento su una comprensione intuitiva della nozione di potere, che resterà non analizzata. Naturalmente, si tratta di una nozione problematica. Secondo alcuni (Lukes 1974), si tratterebbe di un *essentially contested concept*. Il termine 'potere' (potere sociale) è polisemico. Vi sono analisi della nozione di potere che stabiliscono condizioni molto restrittive per l'applicazione del termine (ad es., che 'potere', nell'accezione rilevante, designi sempre e soltanto una relazione fra due individui identificabili) – analisi allo stregua delle quali le 'varietà del potere' identificate e discusse nelle pagine che seguono (o almeno alcune di esse) non sono affatto forme di potere. Uno sviluppo compiuto della mia argomentazione richiederebbe una ridefinizione esplicita, adeguata, della nozione. Non mi impegnerò qui su questo terreno. Come ho detto, farò affidamento su una nozione intuitiva, sicuramente vaga, imprecisa, sfumata, di potere, e di potere sociale. Ma spero che la legittimità dell'uso di questa nozione, e della qualificazione dei fenomeni che passerò in rassegna come varietà del 'potere', risulti evidente.

(1) *Anti-(Rule of Law)*. Una prima strada da percorrere per scoprire in quali altri modi può accadere che il diritto 'serva' il – sia veicolo di – potere sociale consiste nell'esaminare quali forme esso può assumere qualora siano sistematicamente violati, o non soddisfatti, i requisiti del *Rule of Law*. Mi spiego.

Con l'espressione '*Rule of Law*' intendo, adottando l'accezione divenuta corrente in gran parte della teoria del diritto degli ultimi quarant'anni circa⁶, un

p. 17). In LLM, pp. 55-6, Hart distingue quattro modi di fare uso della forza al fine di fare valere il diritto – quattro modi di "legal enforcement of any kind of conduct": (1) "coercion", ossia "securing, by the threat of legal punishment, that people do or abstain from doing what the law enjoins or forbids"; (2) "the actual punishment of those who have broken the law", (3) "steps may be taken which render disobedience to the law impossible or difficult, and so frustrate it rather than punish it", (4) "the use of pressure to induce those actually engaged in breaking the law or threatening to do so to desist". Questo sarebbe stato un buon inizio (un inizio magistrale, naturalmente) per una tipologia delle varietà del diritto come potere. Ma la teoria del diritto sviluppata in CL resta, sotto questo aspetto, lacunosa.

⁶ Le concezioni appartenenti a questa famiglia hanno la forma di "a sort of laundry list of features that a healthy legal system should have. These are mostly variations of the eight desiderata of Lon Fuller's 'internal morality of law'" (Waldron 2002, p. 154). Cfr. *ibid.*, pp. 154-5, per una

insieme di (1) proprietà formali delle norme giuridiche (irretroattività, pubblicità, relativa generalità, relativa stabilità, intelligibilità e relativa chiarezza, praticabilità⁷, coerenza), più (2) alcuni *desiderata* procedurali e istituzionali (come, ad es., che la produzione di norme singolari, che si applicano a casi individuali, sia guidata da regole generali; e, in aggiunta, i cosiddetti 'principi di giustizia naturale': che la risoluzione di controversie sia affidata a un soggetto non interessato, e il cui giudizio non sia altrimenti viziato; il principio *audi alteram partem*, e così via)⁸.

Secondo Hart, com'è noto, la conformità ai requisiti del *Rule of Law* (d'ora in avanti, per brevità, RoL) non è in linea di massima costitutiva del concetto di diritto. Ossia: può accadere che un ordinamento sociale violi sistematicamente i requisiti del RoL (sino a che punto? Questa è una questione controversa, non rilevante ai nostri fini)⁹ e sia, tuttavia, diritto (meriti appieno il nome di 'diritto'). Nonostante ciò, Hart non indaga le peculiari relazioni di potere che possono instaurarsi (o consolidarsi, trovare espressione e conferma, ecc.) quando un metodo di controllo sociale opera mediante la violazione sistematica (continua, radicale, metodica) di almeno alcuni di questi requisiti. Così, ad es., la violazione sistematica del requisito della coerenza delle prescrizioni giuridiche, o di quello che esse possano essere adempiute (il principio '*dovere*' *implica* '*potere*'), può generare regimi di potere caratterizzati dal terrore, la punizione indiscriminata dei soggetti, un profondo senso di smarrimento da parte di questi ultimi (al limite, la perdita del senso di dignità, o della propria autostima), una radicale incertezza e l'impossibilità di pianificare le proprie azioni e il corso della propria vita. Un diritto il cui contenuto non sia di pubblico dominio potrà avere conseguenze analoghe (Celano 2011), e potrà, allo stesso modo, costituire il veicolo di una forma peculiare di potere sociale.

Lo stesso vale, in vario modo e in varia misura, per gran parte degli altri *desiderata* che costituiscono il RoL. Il principio generale è: se vuoi vedere la varietà dei modi in cui il diritto può 'servire' il (riflettere, confermare, consolidare, generare forme di) potere sociale, chiediti quale sarebbe la situazione se il requisito X (uno dei requisiti costitutivi del RoL) restasse sistematicamente inadempito, e quali forme di potere potrebbero prosperare grazie a questo inadempimento sistematico. Come ha rilevato J. Raz, la violazione del RoL può provocare una sorta di *entrapment* (Raz 1977, p. £); 'intrappolare' in questo

rassegna delle principali concezioni di questo tipo (L. L. Fuller, J. Raz, J. Finnis, J. Rawls, M. Radin; ad esse va ora aggiunta la concezione presentata in Kramer 2007).

⁷ Ossia, conformità al principio '*dovere*' *implica* '*potere*'.

⁸ Per una lista di questi requisiti istituzionali e procedurali cfr. ad es. Raz 1977, pp. 215-8 ("the making of particular laws (particular legal orders) should be guided by open, stable, clear, and general rules"; "the independence of the judiciary must be guaranteed"; "the courts should have review powers over the implementation of the other principles"; "the courts should be easily accessible"; "the discretion of the crime-preventing agencies should not be allowed to pervert the law"). Sui principi di giustizia naturale cfr. Hart 1961, pp. 156, 202. Per analoghi elenchi dei requisiti del RoL cfr. Fuller 1969, cap. 2; Finnis 1980, pp. 270-1; Marmor 2004, pp. 5 sgg.; Kramer 2007, cap. 2. Per la suddivisione dei principi del RoL in formali e procedurali v. Waldron 2008a (ma cfr. già Raz 1977, p. 218).

⁹ Cfr. Waldron 2008a. Per la posizione di Hart sul punto, oscillante e non del tutto trasparente, cfr. CL, p. 202; *Introduction* a EJP, pp. 8-9, 18; *Lon L. Fuller: The Morality of Law* (1965), in EJP, pp. 349-52.

modo le persone è una forma di esercizio di potere, diversa dall'esercizio della coazione.

Ma Hart è cieco nei confronti di queste diverse possibilità. Un diritto che sistematicamente violi i requisiti del RoL può fare di coloro che vi sono soggetti degli oggetti di "manipolazione"¹⁰, o comunque può risolversi in una forma di *managerial governance* o di "trattamento"¹¹ – qualcosa di molto diverso dalla situazione del bendito ('Voglio che tu faccia questo e quest'altro; queste saranno le conseguenze – ti infliggerò questo male – nel caso che tu non lo faccia; adesso sta a te decidere'). Hart, naturalmente, ha ben chiara la differenza; lo si evince dalla sua trattazione (PaR, pp. 23-4, 44, 51-2, 207-8, 232) delle proposte di sostituzione della pena con "tecniche manipolative" (condizionamento, propaganda, ecc.), o misure di "igiene sociale"¹². Ma di tutto questo, in CL, non c'è traccia.

(2) *Ideologia*. C'è un modo particolare in cui il diritto, tipicamente, 'serve' il potere (istanza relazioni di potere sociale, al di là dell'esercizio di potere coercitivo), che in verità è ben noto a Hart, e che può anch'esso, in parte, essere ricondotto alla violazione sistematica di alcuni dei requisiti del RoL. Si tratta della bestia nera di Bentham: il potere-sapere di "Judge & Co.", e più in generale del "velo di mistero" che le istituzioni giuridiche tendono a produrre intorno a sé, che oscura "la loro vera natura e i loro effetti", "*perplexes* e intimidisce" il critico e il riformatore (EB, cap. 1, *The Demystification of the Law*, in part. p. 21; gli elementi costitutivi di questa "mistificazione" sono – ivi, p. 21 – la "glorificazione mediante eulogia esplicita", pompa, cerimonia, "l'uso di abbigliamento arcaico, e di formule arcaiche inintelligibili ai laici", e la propagazione di una credenza, la credenza nell'infinita complessità e, dunque, non modificabilità – senza che ciò produca il collasso della società – di istituzioni da lungo tempo stabilite, sì che l'atteggiamento appropriato nei loro confronti, anche quando appaiono inintelligibili, ingiuste, o nocive, sarebbe un atteggiamento di deferenza nei confronti della tradizione).

Questo velo di mistero deriva, in parte, dalla mancanza di chiarezza delle leggi, e dal loro carattere non pubblico. Il diritto si presenta come un che di esoterico, per iniziati, possesso esclusivo, gelosamente custodito, di una casta (*sacerdotium juris*). E, in questa luce, è facile che esso appaia come qualcosa di non umano (la creatura appare al suo creatore come una potenza indipendente).

In breve, per usare un lessico un tempo abituale (suggestivo, ma che abbisogna di analisi), il diritto è intriso di ideologia¹³. Hart sottolinea che la

¹⁰ Fuller 1969, p. 38; Raz 1977, p. £; Finnis 1980, p. £; Kramer 2007, p. 184; Celano 2010, s. 6.

¹¹ Fuller 1969, pp. 163-7; cfr. Waldron 2008b, pp. 16-7.

¹² Sottolineo, a scanso di equivoci, che qui ad essere in questione non è la differenza fra 'diritto' e 'non diritto' (il punto non è che la sostituzione della pena con misure di igiene sociale ci condurrebbe fuori dal campo di applicazione del concetto *diritto*; gli argomenti di Hart contro questo orientamento di politica criminale non sono di questo tipo – e in generale, come si è detto, la conformità ai principi del RoL non è per Hart, in linea di massima, costitutiva del concetto di diritto), ma la differenza fra la situazione del bandito (la minaccia di conseguenze spiacevoli al fine di ottenere un certo comportamento) e altre forme di potere.

¹³ Sulla "rather surprising affinity between Bentham and Karl Marx", cfr. EB, pp. 24 sgg.

considerazione di questo aspetto del diritto è uno degli elementi centrali della teoria *generale* del diritto di Bentham (EB, pp.22-8). Ma, in CI, non ve ne è traccia¹⁴. Eppure, non si può certo sostenere che questo genere di potere (chiamiamolo, solo per disporre di un'etichetta, 'potere ideologico') sia legato al diritto in modo accidentale¹⁵.

(3) *La selezione dei desideri*. Si considerino le regole che conferiscono poteri ai privati. Queste regole forniscono agli individui strumenti, mezzi idonei a perseguire, “nel quadro coercitivo del diritto”, fini, scopi, obiettivi che può accadere che essi si prefiggano, mediante la costituzione di strutture di posizioni giuridiche soggettive. Ebbene, fornendo agli individui gli strumenti per perseguire *certi* fini, e non altri, il diritto modella – o contribuisce a modellare – il ventaglio delle opzioni disponibili a ciascuno (ad es., il matrimonio non è disponibile agli omosessuali; sono possibili testamenti ordinari, ma non il c.d. testamento biologico)¹⁶. E questa è una forma di potere.

In altri termini. Le regole che conferiscono poteri (ai privati) sono regole costitutive. *Che cosa sia costituito, e che cosa no* – quali tipi di azioni e risultati siano resi disponibili agli individui, e quali no – è una questione di potere sociale.

In altri termini ancora. Le regole che conferiscono poteri ai privati “indicate what people should do to give effect to the wishes they have” (CL, p. 9; cfr. anche CL, p. 27, PaR, p. 45). *Quali* desideri, esattamente? Non prevedere – dunque, precludere – certe possibilità (ad es., il matrimonio fra omosessuali, o

¹⁴ Un possibile accenno: quando identificazione e conoscenza del diritto divengono patrimonio esclusivo dei funzionari può accadere che tutti gli altri, come pecore, siano condotti al macello (CL, p. £). Ma questa è una considerazione di carattere più generale (si veda la discussione di questo punto nel par. 3 *infra*).

¹⁵ Si pensi, ad es., al tipo di teoria del diritto praticata da Giovanni Tarello. Ma, si obietterà, non vi è un nesso concettuale, logico, fra diritto e potere ideologico. Né, parrebbe, è una necessità (di altro genere) che il diritto sia veicolo di potere ideologico. Dunque, se la teoria del diritto ha come proprio oggetto i tratti necessari del diritto, una teoria generale del diritto potrà, e dovrà, fare a meno di indagare i nessi fra diritto e potere ideologico. Questo argomento, però, non è convincente. Vale la pena di ricordare che, sotto questo assetto, il nesso fra diritto e *potere coercitivo* non si trova in una posizione migliore. Nelle teoria del diritto degli ultimi quaranta anni, molti argomenti ingegnosi sono stati escogitati allo scopo di dimostrare che la coercizione non è un elemento essenziale del diritto. Dal che segue, se la teoria del diritto ha ad oggetto i tratti necessari del diritto, che il nesso fra diritto e potere coercitivo non debba essere oggetto di una teoria generale del diritto. E' molto più plausibile, ritengo, l'idea che un'indagine teorico-generale possa, e debba, occuparsi anche dei tratti che, pur non essendo necessari, *per lo più, tipicamente o normalmente* (date le circostanze generali della vita umana) appartengono al diritto (cfr. Schauer 2010; i due fenomeni che, tentativamente, Schauer adduce qui come illustrazione della sua tesi sono, per l'appunto, la coercizione, e il precedente). E, se si accoglie questa tesi, il nesso fra diritto e potere ideologico dovrà rientrare nel campo di indagine di una teoria generale del diritto. Il nesso sussiste normalmente; il diritto ha la disposizione a servire come veicolo di potere ideologico. Cosa che fa di questa relazione uno degli oggetti propri di una teoria generale del diritto. (Sul nesso che secondo Hart sussiste fra diritto e coercizione – né necessità concettuale, né dato di fatto contingente – cfr. CL, p. 195.)

¹⁶ Sono grato a Francesco Zanetti per alcune utili conversazioni su questo punto. Sui modi in cui il diritto influenza – o crea – le opzioni disponibili alla scelta (una particolare modalità di incidenza sull'autonomia individuale, distinta dall'esercizio di potere coercitivo) cfr. Raz 1986, pp. 417 sgg.

un testamento dotato di un certo contenuto) è, o comunque può essere il risultato di, esercizio di potere¹⁷.

(4) *Valore espressivo della pena*. Molti sostengono che la pena ha valore “espressivo” di riprovazione e biasimo, nei confronti del reo, da parte ‘della società’ (questa, naturalmente, è una personificazione che andrebbe sciolta); e che la pena ‘etichetta’ coloro cui viene inflitta – l’istituzione della pena sarebbe un meccanismo di classificazione, di costruzione sociale di identità. Questi sono, palesemente, effetti di potere.

Hart discute, e critica, la “expressive or denunciatory theory of criminal punishment” (PaR, pp. 2, 7-8, 169 sgg., 235; LIM, pp. 63-5, 83). Ciò che egli critica è, però, la versione normativa della teoria, secondo la quale l’espressione di biasimo o riprovazione sociale è ciò che giustifica l’istituzione della pena. Ai nostri fini, di contro, ad essere rilevante è la versione descrittiva della teoria, secondo la quale la pena di fatto ha, tipicamente, valore espressivo (e svolge una funzione di ‘etichettamento’, classificazione, fissazione di un’identità). Hart non prende in considerazione questa teoria descrittiva – che identifica un’ulteriore varietà del diritto come potere sociale¹⁸. Il diritto penale ‘etichetta’; e questo è un modo di esercitare potere.

(5) *Funzione promozionale del diritto*. Secondo alcuni, in gran parte degli stati contemporanei il diritto adempie, non soltanto la sua consueta funzione di imposizione di certi comportamenti (commissivi o omissivi) mediante la previsione di sanzioni negative (misure di coercizione), ma anche la funzione di promuovere (senza però imporre) l’adozione, da parte dei consociati, di certe linee di condotta, mediante la previsione di sanzioni positive (ricompense) per coloro che adottino tali comportamenti. Questa funzione è stata denominata “funzione promozionale” (Bobbio 1977).

Più precisamente, con l’espressione “funzione promozionale del diritto” si intende “l’azione che il diritto svolge attraverso lo strumento delle ‘sanzioni positive’, cioè attraverso meccanismi, genericamente compresi col nome di ‘incentivi’, i quali mirano, anziché a impedire atti socialmente indesiderabili, ciò che è il fine precipuo di pene, multe, ammende, restituzioni, risarcimenti, ecc., a ‘promuovere’ il compimento di atti socialmente desiderabili” (Bobbio 1977, p. 7).

La tesi che il diritto adempia, in gran parte degli stati contemporanei, oltre alla sua tradizionale funzione protettivo-repressiva, anche una funzione promozionale (una funzione, cioè, di direzione, o di indirizzo, di alcune sfere di attività) è connessa alla distinzione fra due modelli di stato: lo stato liberale e lo stato sociale. Semplificando all’estremo, lo stato sociale, a differenza dello

¹⁷ In LLM, pp. 41-2, Hart discute il caso della pena per bigamia, anche in assenza di inganno per l’altra parte. Concede che la *nuisance* che la bigamia può costituire per i sentimenti religiosi della grande maggioranza della popolazione può essere una giustificazione sufficiente della sua punibilità. Ma, prosegue, in un’epoca di generale affievolimento del sentimento religioso, la semplice invalidità del matrimonio del bigamo potrebbe essere sufficiente. Qui Hart sfiora la questione del potere insito nella selezione dei desideri ammissibili.

¹⁸ In PaR, p. 263 (ma cfr. anche p. 239) Hart distingue fra versione normativa e versione definitoria (J. Feinberg) della teoria. Ma il punto non viene sviluppato. Questo limite della *jurisprudence* haitiana è stato già rilevato, e sottolineato, da N. MacCormick (1981, p. £).

stato liberale, cerca di orientare verso particolari direzioni (di spingere, cioè, verso obiettivi prefissati) lo sviluppo sociale, conformando a un indirizzo programmatico le attività sociali rilevanti (in particolare, l'attività economica; in questo senso, lo stato sociale contemporaneo è spesso qualificato come stato 'dirigista')¹⁹.

La tesi che il diritto svolga, nello stato sociale, una funzione promozionale è stata oggetto di un vivace dibattito, nel quale non entrerò qui. Ma non c'è dubbio, mi pare, che questa attività di direzione, indirizzo, di alcune sfere di attività sociale – se reale – costituisce una forma di potere²⁰. L'individuazione di un criterio che consenta di tracciare una precisa linea di demarcazione fra la minaccia di conseguenze spiacevoli e l'offerta di ricompense è uno dei nodi irrisolti della teoria della coercizione (cfr. Anderson 2006, s. £).

(6) *Potere disciplinare, biopolitica*. Se alle nozioni foucaultiane di potere disciplinare e di biopolitica può essere dato un contenuto chiaro e determinato, e se, come appare a prima vista plausibile, queste nozioni identificano un insieme di modi, forme, tecniche, relazioni di potere peculiari, diversi dall'esercizio della coercizione, la rilevanza di questi fenomeni per una teoria generale del diritto sarà innegabile. Il diritto è tipicamente implicato nella strutturazione di queste (ipotetiche) forme e relazioni di potere.

3. Diritto e potere politico

Che ne è, in CL, della relazione fra diritto e potere politico?

Hart, com'è noto, muove una serie di obiezioni nei confronti della nozione austiniiana del sovrano come fonte, diretta o indiretta, di tutto il diritto. La teoria benthamiana e austiniiana del sovrano era il frutto, via Hume (sul contratto originario; Hume 17££), del rifiuto delle teorie del contratto sociale, e simili finzioni. Il 'fondamento' (uso valutamente questo termine ambiguo fra spiegazione e giustificazione: l'ambiguità è, per l'appunto, nelle teorie che Bentham e Austin rigettano) del potere politico non sta in un immaginario patto fra individui liberi ed eguali in uno stato di natura. Il potere politico è anzitutto un fatto: il fatto del dominio e il fatto dell'acquiescenza, dell'obbedienza abituale.

Hart rigetta, per ragioni concettuali (la cui cogenza non metto in questione), questa teoria. Ma cosa resta al suo posto?

¹⁹ La trattazione della funzione promozionale del diritto, sostiene Bobbio (1977, p. 7), è necessaria "per adeguare la teoria generale del diritto alle trasformazioni della società contemporanea e alla crescita dello stato sociale o amministrativo o di benessere o di giustizia o di capitalismo monopolistico, come lo si voglia più o meno benevolmente chiamare" (un "adeguamento necessario" per comprendere "il passaggio dallo stato 'garantista' allo stato 'dirigista', e conseguentemente la metamorfosi del diritto da strumento di 'controllo sociale' nel senso stretto della parola in strumento di 'direzione sociale'").

²⁰ Non necessariamente, si badi bene, un tratto che sarebbe proprio in via esclusiva dello stato sociale novecentesco. La funzione promozionale del diritto, osserva Bobbio, "non è nuova. Ma è nuova l'estensione che essa ha avuto e continua ad avere nello stato contemporaneo" (Bobbio 1977, p. 8).

Alla base dell'autorità di un qualsiasi governante (si tratti dell'immaginario Rex o del *King in Parliament*), sostiene Hart, c'è, per necessità concettuale, una regola sociale: l'accettazione condivisa, da parte dei membri del gruppo, di un certo *pattern* regolare di comportamento come uno standard cui attenersi (CL, pp. 56-7). Questa regola è una regola consuetudinaria, che Hart chiama 'regola di riconoscimento' (che, necessariamente, fa riferimento ai risultati delle attività definite dalle regole di mutamento; CL, p. 93). Affinché un sistema giuridico esista, però, non è necessario che questa consuetudine – l'uso di certi criteri ai fini dell'identificazione del diritto valido – sia diffusa presso tutti i membri del gruppo. Basta che lo sia fra i funzionari, anzitutto fra i giudici; in uno stato moderno, è sufficiente che i più abbiano un atteggiamento di acquiescenza (CL, pp. 59-60, 113).

Qual è, dunque, l'immagine che CL prospetta del fondamento (*foundations*: il termine è di Hart – CL, cap. 1, *The...*; non rileva qui, precisamente, in quale senso egli lo utilizzi, se soltanto esplicativo o anche normativo) di un sistema giuridico? Nel rispondere a questa domanda, occorre distinguere fra la prima edizione del libro (1961), e il *Postscript* (pubblicato nel 1994).

Nel 1961, il fondamento di un sistema giuridico è, come si è già accennato, una pratica sociale dei funzionari – anzitutto, i giudici –, consistente nel fare uso di certi criteri nell'identificazione del diritto valido. Una consuetudine, come quella secondo cui gli uomini devono scoprirsi il capo entrando in chiesa. Ma questa è un'immagine un po' strana, riduttiva, del complesso di fatti su cui riposa l'esistenza di un sistema giuridico, un'immagine che rescinde i legami fra il fatto dell'esistenza di un sistema giuridico e i conflitti, le lotte, i sommovimenti, i rapporti di potere, da cui esso ha origine, e nel contesto dei quali si sviluppa. Un'immagine che si potrebbe qualificare 'quietista': come se l'esistenza e il funzionamento del diritto fosse solo questione dell'ordinario svolgimento delle attività di disciplinati operatori giuridici – anzitutto, i giudici²¹.

Nel *Postscript*, la risposta viene ulteriormente precisata. Il fondamento di un sistema giuridico, la regola di riconoscimento, è una convenzione. Una convenzione è una regola sociale di un tipo particolare: ciascuno dei membri del gruppo rilevante (nel caso della regola di riconoscimento, ciascun funzionario) si comporta in un certo modo (fa uso di certi criteri nell'identificazione del diritto valido) perché (*inter alia*) si aspetta che gli altri membri del gruppo (gli altri funzionari) si comporteranno in quel determinato modo, perché ciascuno di loro si aspetta che gli altri membri del gruppo si comporteranno in quel modo, e così via²². Si tratta di un fenomeno analogo all'essere, un certo locale, alla moda: ciascuno ci va, perché si aspetta di trovarci gli altri, perché costoro si aspettano di trovarci gli altri, e così via. L'esistenza di un sistema giuridico è un fenomeno assimilabile, in ultima istanza, al fatto che si vada tutti al pub il sabato sera. Questo, sempre limitatamente al club dei funzionari.

²¹ E' vero che Hart puntualizza che l'accettazione della regola di riconoscimento può avere le ragioni più diverse (CL, pp. 112-3). Ma questo non colma la lacuna.

²² Per una trattazione dettagliata cfr. Celano 2003, 1.

Quella del *Postscript* è, come di vede, un'immagine del fondamento di un sistema giuridico ancora più quietista (nel senso precisato)²³.

L'impressione è confermata se si guarda alla genesi ideale di un sistema giuridico. che Hart presenta all'inizio del cap. 5 di CL, e alla trattazione del diritto naturale minima (CL, pp. 5).

(1) *La genesi ideale di un sistema giuridico sviluppato*. Un regime di sole regole sociali che impongono obblighi, argomenta Hart, presenterebbe tre difetti: incertezza su quali siano le regole del gruppo, impossibilità di cambiare deliberatamente queste regole, inefficienza della pressione sociale nei confronti di chi viola, o minaccia di violare, le regole. A questi tre difetti pone rimedio l'introduzione di regole di secondo livello (regole su regole): rispettivamente, regole di riconoscimento, regole di mutamento, regole di giudizio. Con l'introduzione di queste regole, conclude Hart, vediamo nascere sotto i nostri occhi un sistema giuridico sviluppato, unione di regole primarie e secondarie.

Che genere di ricostruzione è questa? I difetti insiti in un regime di sole regole sociali di obbligo, parrebbe, sono percepiti come tali. Da chi? Hart sembra immaginare una popolazione di individui, nel complesso bene intenzionati (anche se non si tratta di angeli), che cercano, insieme, il modo di ovviare a difficoltà comunemente avvertite: rendere efficiente la 'propria' pressione sui recalcitranti, rendere meno incerte le 'loro' regole, fare fronte, insieme, alle esigenze di cambiamento delle regole. Individui grosso modo eguali, che stanno su un piano di parità, e vanno alla ricerca dei mezzi idonei a porre rimedio ai difetti da cui è viziato il loro regime di convivenza. Una rappresentazione, nel complesso, irrealistica ed edulcorata.

Ma, si obietterà, questa è una forzatura. Hart non presenta la propria costruzione come la narrazione di un processo storico. E' vero. Ma il problema non è quello che, nell'analisi di Hart, c'è, ma quello che manca. Quello che c'è, la ricostruzione della genesi *ideale* di un sistema giuridico a partire da un regime di sole regole sociali di obbligo, suggerisce per l'appunto l'immagine, irrealistica ed edulcorata, cui si è accennato. Siamo di fronte, sembrerebbe, a un'ennesima versione dell'uscita dallo stato di natura. La popolazione di cui si immagina l'ingresso nel mondo giuridico è rappresentata, implicitamente, come un gruppo di individui approssimativamente eguali, né angeli né diavoli, grosso modo razionali, e che si trovano, grosso modo, su un piano di parità. Questo è il set del diritto naturale minimo.

(2) *Il contenuto minimo del diritto naturale*. Hart dimostra, o pretende di dimostrare, che, per una necessità naturale, presso ogni gruppo sociale (che non sia un club di suicidi) esiste un certo insieme di regole, riguardanti anzitutto l'astensione da atti di violenza arbitrari, e simili.

²³ Hart chiarisce che, dove sono solo i funzionari ad accettare la regola di riconoscimento, e a farne uso, gli altri sono come pecore, e le pecore possono finire al macello (CL, p. 114; J. Waldron (1999) ha giustamente sottolineato l'importanza di questo passo di CL). Ma questo è davvero poco.

La dimostrazione presuppone, però, una certa rappresentazione degli assetti di potere nella società. O meglio, una rappresentazione della società come non – non ancora – segnata da rapporti di potere: lo stato di natura.

Il diritto naturale minimo è presentato, da Hart, come un insieme di regole accettate e nel complesso osservate da un gruppo di individui (limitatamente) razionali e (limitatamente) ben disposti, approssimativamente eguali, e *che non stanno in relazioni di potere gli uni nei confronti degli altri* – che, come individui, si fronteggiano su un piano di parità. Questa è, ripeto, l'ennesima versione dell'idea dello stato di natura. L'argomento a sostegno della tesi del contenuto minimo del diritto naturale non presuppone soltanto i ben noti "truismi" circa la natura umana. e le circostanze nelle quali gli uomini vivono, che Hart esplicitamente menziona: presuppone *anche* una particolare rappresentazione dell'assetto dei rapporti sociali, l'immagine di individui fra i quali non sussistono già relazioni di potere²⁴.

E' vero (era questa, come si ricorderà, la seconda obiezione; sopra, 2): Hart afferma, e ribadisce più volte, che può accadere che un sistema giuridico riservi la sua protezione – in particolare, la protezione derivante dall'insieme di "astensioni reciproche" che costituisce il nocciolo del suo contenuto naturale minimo – e gli altri benefici che derivano dalla sua esistenza a una classe particolare (una "*ruling élite*") degli individui cui le sue regole si applicano (CL, pp. 195-8; cfr. anche pp. 161, 175). Là dove esiste un sistema giuridico può accadere che vi siano "*slave or subject classes*" (CL, p. 201). Dice Hart, a chiare lettere: "so long as human beings can gain sufficient co-operation from some to enable them to dominate others, they will use the forms of law as one of their instruments" (CL, pp. 205-6).

Questo è certamente un modo, di importanza cruciale, in cui il diritto riflette, e concorre a costituire, relazioni di potere politico. Si tratta, effettivamente, di una – significativa – eccezione rispetto a quanto detto sinora. Hart non è *del tutto* cieco alle possibili relazioni fra diritto e potere (politico). D'accordo. Ma si tratta, per l'appunto, soltanto di una, sia pur importante, eccezione. Hart non dice nient'altro sul tema. La possibilità che il diritto non estenda la sua protezione a una classe subordinata è solo uno fra i diversi modi in cui può accadere che il diritto 'serva' il potere politico²⁵.

²⁴ Per due volte – discutendo di eguaglianza approssimativa e di un sistema di sanzioni socialmente organizzate (CL, p. 194) – Hart menziona la scena internazionale come un ambito caratterizzato da un diverso assetto di base: un diverso assetto di potere ("*conflicting power centers*" di diverso peso), nel quale, precisamente in ragione di questo diverso assetto dei rapporti di potere, non esiste diritto naturale (minimo). Ciò significa che la teoria del diritto naturale minimo poggia su un assunto circa l'assetto 'di partenza' del potere nelle società statali: non uno dei truismi elencati da Hart, ma un assunto empirico, non esplicitato (né, tanto meno, argomentato), ben poco realistico: l'idea di uno stato di natura, nel quale i membri del gruppo non sono (già) iscritti in relazioni di potere. (Cfr. allo stesso senso CL, pp. 214-5: "...municipal law, in its setting of physical and psychological facts", un *setting* diverso da quello del diritto internazionale; "[a] very different background of fact".)

²⁵ Si può considerare una seconda eccezione quanto Hart afferma a proposito dei casi in cui i giudici di ultima istanza determinano la trama aperta della regola di riconoscimento: in casi del genere *all that succeeds is success* ("power acquires authority *ex post facto* from success", CL, pp. 149-50). Ma questo riguarda, ancora una volta, quanto avviene all'interno della comunità dei giudici.

4. Conclusione

Hart (con l'importantissima eccezione indicata nel paragrafo precedente) non vede il diritto come strumento di, e sistema di, potere: non vede le varietà del potere (utilizzando questa nozione, è vero – sopra, par. 2 –, in modo intuitivo e non rifinito) con le quali il diritto è, tipicamente (anche se non necessariamente; sopra, par. 2) intrecciato. In particolare, si sbarazza del modello austriaco del sovrano – che è appunto un modello, per quanto insoddisfacente, del potere politico – ma non lo sostituisce con nient'altro (sopra, par. 3). Se non, forse, con l'immagine poco realistica, e tendenzialmente mistificatoria, di una comunità giudiziale coesa e concorde (ma questo, forse, è più un tratto tipico di alcune rielaborazioni post-hartiane dell'idea hartiana che il fondamento di un sistema giuridico sia costituito da una pratica concordante dei funzionari).

E' vero: (1) Hart individua, nel diritto, norme che conferiscono poteri. Ma si tratta di poteri normativi: poteri, istituiti da norme, di produzione e applicazione di norme. Qui si discute di poteri fisici e psicologici: del diritto come veicolo di potere sociale. (2) Per Hart, il diritto è composto anche da norme che impongono obblighi, corredate dalla previsione di sanzioni punitive in caso di inadempimento. Ma (a) Hart non fornisce alcuna analisi di questo modo di esercitare potere (da questo punto di vista, la sua teoria è ancora più 'pura' di quella di Kelsen, che almeno analizza il meccanismo della motivazione indiretta; Kelsen 1945, pp. 126); (b) questo è solo uno fra i diversi aspetti del diritto come potere – solo una delle varietà del potere sociale, delle quali il diritto può essere il veicolo.

Così la teoria del diritto viene rescissa dalla teoria politica, e dall'indagine su altre varietà del potere. Come se il diritto non avesse nulla a che fare con il dominio, il conflitto sociale, il controllo (al di là della coercizione, o anche, in generale, dell'uso della forza) sugli individui. La teoria del diritto diventa una descrizione – una descrizione interminabile, nell'opera degli epigoni – delle pratiche del club dei funzionari.

Riferimenti bibliografici

(1) Opere di Hart

CL = *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961. Trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965.

LLM = *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1963.

PaR = *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford 1968.

²⁶ Hart dà per scontato che il diritto sia “[a] means of social control” (CL, pp. 38, 39, 151, 208), o “[a] method of social control” (CL, pp. 202, 205; PaR, p. 44).

EB = *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford 1982.

EJP = *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983.

Postscript = *Postscript a Hart, The Concept of Law*, second edition, Clarendon Press, Oxford 1994.

(2) *Altre opere citate*

Anderson, S. 2008 *Coercion*, in E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/coercion/>.

Bobbio, N., 1977 *Dalla struttura alla funzione*, Comunità, Milano.

Celano, B. 2003 *La regola di riconoscimento è una convenzione?*, in M. C. Redondo (a cura di), *Il "Postscript" di H. L. A. Hart*, "Ragion pratica", n. 21.

Celano, B. 2010 *Normative legal positivism, neutrality, and the Rule of Law*, relazione al congresso "Neutrality and Legal Theory" (Girona, Spagna, 21-22 maggio 2010), URL = <http://ssrn.com/author=1605026>

e

http://www.filosofiaderecho.es/pt/tienda/?page_id=3&lang=es
http://www.filosofiaderecho.es/pt/tienda/?page_id=3&lang=es.

Celano, B. 2011 *Publicity and the Rule of Law*, inedito.

Finnis, J. M. 1980 *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford.

Fuller, L. L. 1969 *The Morality of Law*, revised edition, Yale University Press, New Haven.

Hume, D. 1752 *Of the Original Contract*.

Kelsen, H. 1945 *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Kramer, M. H. 2007 *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

Lukes, S. 1974 *Power: A Radical View*, Macmillan, London.

MacCormick, N. 1981 *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, London.

Marmor, A. 2004 *The Rule of Law and Its Limits*, "Law and Philosophy", 23.

Raz, J. 1977 *The Rule of Law and Its Virtue*, in Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979.

Raz, J. 1986 *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.

Schauer 2010 (Girona).

Waldron, J. 1999 *All We Like Sheep*, "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", 12.

Waldron, J. 2002 *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, "Law and Philosophy", 21.

Waldron, J. 2008a *Hart and the Principles of Legality*, in M. Kramer et al. (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2008.

Waldron, J. 2008b *The Concept and the Rule of Law*, "Georgia Law Review", 43.