

A RULE-GOVERNED GUNMAN WRIT LARGE? IL POSTO DELLA COERCIZIONE NE IL CONCETTO DI DIRITTO

ANNA PINTORE
Università de Cagliari
pintore@unica.it

Any fool can be original
William James

1. Premessa.

Ci sono molte ragioni per dolersi della piega che ha preso il dibattito filosofico-giuridico post-hartiano, specie dopo la pubblicazione del *Postscript*¹. Vorrei qui focalizzarmi su una di esse, vale a dire sulla pressoché totale assenza, dall'agenda di questa discussione, del tema della coercizione. Quest'assenza non è casuale ma è il frutto di una precisa opzione metateorica. L'idea è che la coercizione non rappresenta un elemento necessario del diritto o, come anche si usa dire, non è parte della sua *natura*; essa va perciò affidata alla cura dei sociologi, dato che alla teoria compete dedicarsi ai soli aspetti necessari del diritto, precipuamente alla sua autorità o normatività che dir si voglia². La tesi,

¹ M. Jori, *Meditazioni sul giuspositivismo dopo Hart*, in *Notizie di Politeia*, 2005, parla al riguardo di «cronaca di un fallimento». Un ottimo resoconto ragionato è fornito da A. Schiavello, sia sul fronte del dibattito tra giuspositivismo inclusivo ed esclusivo, in *Il positivismo giuridico dopo H.L.A. Hart*, Giappichelli, Torino 2004 (commentato dall'articolo di Jori citato sopra), sia su quello del cosiddetto convenzionalismo, in *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, ETS, Pisa 2010. Quanto al cosiddetto dibattito Hart-Dworkin (che come scambio diretto tra i due autori non ha mai avuto luogo), si vedano almeno M. Jori, *L'ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata*, in *Ragion Pratica*, 2003; B. Leiter, *The End of the Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century*, in *Rutgers Law Journal*, 2004.

² Si veda J. Raz, *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., OUP, Oxford 1999, p. 158 ss.; Id., *The Authority of Law*, 2nd ed., OUP, Oxford 2009, p. 43 s., 107 s. Id., *Can There Be a Theory of*

inizialmente sostenuta da Joseph Raz, ha conquistato molti adepti, specie nel mondo giuridico nordamericano, e davvero può essere considerata oggi preminente³.

Il punto che m'interessa sottolineare è che, nella vulgata corrente, la paternità spirituale della tesi viene attribuita senz'altro a Herbert Hart. Con la sua critica ai modelli austiniiano e kelseniano, Hart avrebbe dimostrato in maniera conclusiva l'insostenibilità di una visione coercitivistica del diritto e marcato così un deciso progresso nella nostra disciplina oltre che una svolta nel positivismo giuridico. Lo spirito del tempo è compendiato dalla affermazione di Andrei Marmor, secondo il quale i giuspositivisti del XX secolo (per lui coincidenti con Hart e Raz) ritengono che la coercizione non sia una caratteristica né essenziale né centrale del diritto⁴.

Per la verità, di recente si sono levate alcune voci critiche e qualcuno ha cominciato a dubitare che il tema della coercizione possa essere davvero depennato a cuor leggero dagli orizzonti della teoria del diritto⁵. Tuttavia, anche dai pochi dubbiosi si continua a dare per scontato che il *locus classicus* della tesi sia da ritrovare in *The Concept of Law*⁶ e che il suo autore ne sia il padre spirituale novecentesco. Al più, talora viene rimproverata a Hart qualche incoerenza in materia: si ammette che dal suo libro affiorerebbe qualche *défaillance*, qualche slittamento più o meno significativo in direzione di un giuspositivismo vecchio stile, ma pur sempre nel quadro di una posizione di principio inequivocabilmente anti- o non-coercitivistica.

Senza dubbio quello di Hart è un libro straordinariamente complesso e scivoloso, al punto da suscitare talora nel lettore una esasperante sensazione di inafferrabilità. Le interpretazioni disparate di cui è stato oggetto in tutti questi

Law?, in Id., *Between Authority and Interpretation*, OUP, Oxford 2009. Cfr. J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publ. Co., Portland 2001, p. 17 ss. S. Shapiro, *Legality*, Belknap Press, Cambridge (Mass.) 2011, p. 8 ss. Per una valutazione critica di questa tesi, cfr. B. Bix, *Raz on Necessity*, in *Law and Philosophy*, 2003; D. Priel, *Jurisprudence and Necessity*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2007; F. Schauer, *Necessity, Importance, and the Nature of Law* (draft, 2010).

³ Cfr. ad es. J.L. Coleman, *The Practice of Principle*, OUP, Oxford 2001, p. 72; L. Green, *General Jurisprudence: a 25th Anniversary Essay*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p. 573 ss.; J. Gardner, *How Law Claims, What Law Claims* (Draft, 10/11/2008), in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1299017>, S. Shapiro, *Legality*, p. 92 s., 169 ss.

⁴ A. Marmor, *The Nature of Law*, in E.N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/lawphil-nature/>>.

⁵ Vedi in particolare E.N. Yankah, *The Force of Law: the Role of Coercion in Legal Norms*, in *University of Richmond Law Review*, 2008; D. Priel, *Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law*, in *Ratio Juris* 2008; F. Schauer, *Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law*, in *Ratio Juris*, 2010; Id., *The Best Laid Plan*, in *The Yale Law Journal*, 2010; K. Gerry, *The Role of Coercion in the Jurisprudence of Hart and Raz: a Critical Analysis* (Draft, 16/08/2011), in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911249>. Si veda anche K.E. Himma, *Hart and Austin Together Again for the First Time. Enforcement and the Theory of Legal Obligation*, (Draft, 21/05/2006), in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=727465>. Per una voce fuori dal coro un po' più risalente, vedi A.T. Kronman, *Hart, Austin, and the Concept of Legal System: the Primacy of Sanctions*, in *The Yale Law Journal* 1975.

⁶ D'ora in poi citato come CL. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961. Le pagine indicate tra parentesi nel testo si riferiscono alla prima edizione del libro.

anni non sono dovute perciò alla sola creatività dei suoi commentatori, che pure non scarseggia, ma dipendono anche dal peculiare stile argomentativo e, in fondo, filosofico di Hart, sul quale del resto molto si è scritto⁷. Hart, come tutti sappiamo, è un autore che rifugge sempre dalle risposte nette, procede argomentando per chiaroscuri ed è costantemente disposto a trovare un nocciolo di verità perfino nelle tesi da lui giudicate più inaccettabili.

E tuttavia, non mi sento di condividere la lettura corrente delle sue idee in tema di coercizione; men che meno mi sembra appropriato il richiamo alla sua autorità per giustificare una tesi generale sui compiti della teoria del diritto in rapporto a questo tema. Pur tenendo conto delle infinite sfumature (e delle non poche incongruenze) del suo pensiero, ritengo alla fin dei conti che Hart assegni alla coercizione un posto fondamentale nel suo concetto di diritto, e che ciò non dipenda affatto da *obiter dicta* o slittamenti inavvertiti in direzione di un modello vetero-positivista⁸. Ritengo infine, sempre nello spirito di Hart, che sottolineare la centralità del carattere coercitivo del diritto sia fondamentale nel programma di separazione del diritto dalla morale che caratterizza il positivismo giuridico.

Come è a tutti noto, Hart intraprende l'analisi del concetto di diritto procedendo per tappe, che non corrispondono però in modo preciso alla progressione lineare del suo libro. In un primo momento egli esamina la nozione di regola sociale e la distingue da quella di abitudine. Illustra poi le peculiarità delle regole sociali che impongono obblighi. Indi distingue le regole che creano obblighi giuridici da quelle che creano obblighi morali. La tappa ulteriore consiste nell'analisi del caso paradigmatico o centrale di diritto, quello rappresentato dai *mature* o *municipal legal systems* intesi come unione di norme primarie e secondarie. La tappa conclusiva consiste nell'esplorazione del concetto di diritto *in generale*, ivi compreso il caso borderline del diritto internazionale, e dei suoi contenuti minimi necessari.

Ora, i luoghi in cui il tema della coercizione emerge in modo più netto nel libro di Hart possono essere suddivisi in tre blocchi: 1. l'analisi delle regole e degli obblighi sociali, morali e giuridici; 2. la critica a Austin e Kelsen e la connessa elaborazione della teoria dei *legal systems*; 3. la trattazione del contenuto minimo del diritto naturale e del diritto internazionale. Su ciascuno di essi mi soffermerò nei prossimi paragrafi.

2. Diritto e morale come meccanismi coercitivi di controllo sociale.

Come tutti sanno, perché si abbia una regola sociale in quanto distinta da una semplice abitudine, oltre al comportamento convergente dei membri del gruppo,

⁷ Si veda specialmente M. Jori, *Hart e l'analisi del linguaggio*, in Id., *Saggi di metagiurprudenza*, Giuffrè, Milano 1985. M. Moore ha osservato che la *jurisprudence* degli ultimi 50 anni è piena di tentativi di costringere Hart a dare risposte a domande che non ha mai posto. Cfr. M.S. Moore, *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*, OUP, Oxford 2000, p. 8.

⁸ Come sostiene ad esempio Schiavello, nei lavori citati alla nota 1.

per Hart devono essere presenti alcuni elementi ulteriori⁹. In primo luogo, occorre che le deviazioni dalla regola siano «generally regarded as lapses or faults open to criticism, and threatened deviations meet with *pressure for conformity*, though the forms of criticism and pressure differ with different types of rule» (CL, 54, corsivo mio). In secondo luogo, è necessario che le deviazioni siano viste come una buona ragione per la critica e che questa sia considerata giustificata (tranne che da una minoranza di «hardened offenders» - CL, 55) sia da chi la muove sia da chi la subisce. In terzo luogo, occorre che il comportamento regolarmente tenuto sia visto almeno da qualcuno come uno standard generale «to be followed by the group as a whole» (CL, 55), e ciò a prescindere dai sentimenti individuali di vincolo o costrizione, che non sono né necessari né sufficienti per l'esistenza di «'binding' rules» (CL, 56). Quel che è necessario è che vi sia «a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard» (CL, 56), che si esprime caratteristicamente attraverso l'uso di una terminologia normativa. È quello che Hart chiama aspetto interno delle regole.

Che cosa sia questa *pressure for conformity* che viene considerata elemento costitutivo della nozione di regola sociale, diventa un po' più chiaro quando Hart passa a identificare le caratteristiche di quelle tra le regole sociali che impongono doveri di condotta: «Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand of conformity is insistent and *the social pressure* brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is *great*» (CL, 84, corsivi miei). Questa *social pressure*, la cui *serietà* Hart tratta come il fattore primario per determinare se una regola è concepita dal gruppo sociale come obbligatoria, può essere esercitata in modo decentrato oppure centralizzato e può esprimersi socialmente in vari modi: con manifestazioni verbali di disapprovazione, richiami al rispetto della regola, sanzioni fisiche; può fare leva o meno sulla presenza di sentimenti di vergogna, rimorso e colpa. Forma e modalità della pressione sociale sono fattori decisivi per distinguere il diritto dalla morale (v. infra). Hart aggiunge che quando c'è una seria pressione sociale le regole sono considerate importanti per la vita sociale o qualche suo aspetto e che tipicamente gli obblighi collidono coi desideri del singolo e la loro osservanza comporta sacrificio o rinuncia¹⁰.

Quando passa a distinguere tra obblighi giuridici e morali il discorso si complica e diventa in apparenza incongruente, perché Hart indica come caratteri peculiari di questi ultimi alcuni elementi che in precedenza aveva trattato come caratteristici di *tutte* le regole sociali istitutive di doveri. Ciò dipende dal fatto che, senza dirlo, a questo punto del suo discorso l'autore ha ormai abbandonato il concetto di regola *sociale*, o per meglio dire intraprende ora un confronto tra entità che non sono tra loro omogenee: da un lato gli obblighi creati dalle regole della morale sociale (o positiva) e dall'altro lato gli obblighi creati dalle regole primarie di un ordinamento giuridico. Come tutti sanno, mentre a suo avviso i primi trovano sempre la loro fonte in una regola

⁹ Per un'analisi più dettagliata si veda P.M.S. Hacker, *Hart's Philosophy of Law*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford 1977, p. 12 ss.

¹⁰ Anche se Hart non chiarisce il punto, sembrerebbe che per lui sia la serietà della pressione sociale ad attestare l'importanza della regola, piuttosto che viceversa. Si veda CL, p. 166.

sociale, i secondi invece trovano la loro fonte in una regola giuridica valida, che, considerata in isolamento, non è necessariamente praticata o dotata di aspetto interno e deriva il suo carattere di regola semplicemente dall'appartenenza all'ordinamento giuridico¹¹. Si spiega così il fatto che egli consideri come caratteristiche peculiari degli obblighi morali, fra le altre, le seguenti¹². Innanzi tutto l'importanza, ossia: 1. il considerevole sacrificio dell'interesse personale, 2. la serietà della pressione sociale e 3. la rilevanza degli aspetti della vita sociale salvaguardati dal rispetto della regola. In secondo luogo la forma della pressione sociale, che nel caso delle regole morali non si manifesta – o non si manifesta esclusivamente – tramite la minaccia di «physical punishment or unpleasant consequences» (CL, 175) o a richiami all'interesse personale bensì tramite richiami al carattere morale dell'azione in questione e alle esigenze della morale. Quando la regola è sostenuta dalla minaccia di sanzioni fisiche, ancorché gestite in maniera decentrata, ci troviamo di fronte a una forma rudimentale di diritto.

“Pressione sociale” è dunque il nome generale che Hart dà alla varia tipologia di *hostile social reactions* (CL, 175) che per lui si accompagnano sempre alla violazione effettiva o paventata di qualunque regola sociale e che anzi rappresentano una componente costitutiva della regola medesima. Presumibilmente tali reazioni rappresentano anche l'indizio più significativo – insieme con l'uso di un linguaggio normativo, con il quale potrebbero anche coincidere – dell'esistenza della regola e il parametro per identificarne il contenuto come tale. Queste reazioni ostili sono a tutti gli effetti delle sanzioni, e precisamente delle sanzioni negative (cfr. CL, 167, 177s.). Solo la loro intensità serve a distinguere le regole che sono fonti di obblighi da quelle che non lo sono e la forma in cui si manifestano serve a distinguere (a questo stadio del discorso, in cui si parla di regole viste in isolamento) tra obblighi morali e giuridici. Va ricordato inoltre che, tipicamente, le sanzioni morali e quelle giuridiche fanno leva su sentimenti diversi, le prime su vergogna, rimorso e colpa, le seconde su paura e interesse, ma non è necessario né sufficiente, ai fini dell'esistenza della regola e dell'eventuale obbligo corrispondente, che il singolo provi questi sentimenti. Essi sono, per così dire, impersonalmente *embedded* nei meccanismi normativi della pratica sociale. L'accertamento del tipo di sentimento coinvolto e della sua presenza potrà essere al più d'ausilio a chi voglia distinguere tra pratica e pratica e comprenderne sul piano fattuale la genesi e il funzionamento. Per Hart, la distinzione tra ragioni e motivi è essenziale.

In generale, nel contesto del suo discorso su regole e obblighi sociali, Hart raffigura in continuazione il diritto e la morale come tecniche (o mezzi o metodi) di *controllo sociale*. Egli non specifica che cosa si debba intendere per controllo sociale, e ciò non gli ha risparmiato critiche¹³. Ma dal tenore del suo

¹¹ Questo slittamento, che è fonte di numerosi problemi nella teoria hartiana, è stato anch'esso ampiamente sottolineato e discusso. Si veda inter alia J.W. Harris, *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Clarendon Press, Oxford 1979, spec. p. 61 ss.

¹² Mi limito a citare solo i punti che rilevano per il mio discorso. Per il resoconto completo, cfr. CL, p. 163 ss.

¹³ V. ad es. M. Krygier, *'The Concept of Law' and Social Theory*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, p. 161 ss.

discorso si può desumere che per lui diritto e morale sono forme di controllo proprio in quanto fenomeni *normativi*, talché anche le regole dei giochi vanno considerate alla stessa stregua un mezzo di controllo sociale (CL, 202). Anche quando non creano obblighi, le regole rendono non opzionali certi tipi di comportamento; indicando uno standard, rendono «less eligible» linee alternative di condotta – *less eligible* appunto perché sulle condotte (potenzialmente) difformi la pratica sociale in cui la regola si manifesta esperisce un meccanismo di pressione sociale¹⁴. In tal modo esse «garantiscono regolarità, e quindi prevedibilità, nei rapporti tra persone che vivono nello stesso ambiente»¹⁵. In breve, le regole – e in particolare le regole giuridiche e morali - sono meccanismi in senso lato coercitivi¹⁶.

A questo punto del discorso si può notare che per un verso Hart ha una visione molto ampia del controllo sociale (tutte le regole per lui lo esercitano), per un altro verso ne ha una visione molto circoscritta perché ne tratta le esplicazioni come sempre coercitive e tendenzialmente identifica la coercizione con la minaccia di sanzioni, ancorché non necessariamente sanzioni fisiche¹⁷. Su un altro fronte, si può notare che egli, oltre a fornire un'immagine troppo poco “protestante” della morale ossia troppo sbilanciata sulla morale sociale, tende a raffigurare la società – il gruppo – come un tutto omogeneo, tende ad accreditarne un'immagine poco conflittuale o almeno poco pluralista¹⁸. Questo è forse comprensibile se si colloca l'autore nel contesto dell'Inghilterra e della Oxford degli anni '50, ma suona pur sempre strano per un liberale certo alieno dal conformismo etico come lui. Ed infatti, parla costantemente della morale sociale al singolare e presuppone che la diversità morale sia appannaggio o di pochi «hardened swindlers» (CL, 86) o di coloro che coltivano ideali morali a tavolino. Quando evoca, benthamianamente, l'immagine archetipica sepolta all'interno della parola *obligation*, quella della catena che lega l'individuo, osserva che l'altro capo della catena può essere tenuto dal gruppo (o dai suoi rappresentanti ufficiali) (CL, 85).

¹⁴ In H.L.A. Hart, *Are There Natural Rights?* in *The Philosophical Review*, 1955, p. 175, si legge: «Coercion includes, besides preventing a person from doing what he chooses, making his choice less eligible by threats». Cfr. CL, pp. 19, 80, dove l'espressione viene riferita agli effetti della minaccia del rapinatore sulla sua vittima.

¹⁵ Così M. Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, ETS, Pisa 2008, p. 184, che opportunamente sottolinea, nell'ambito del controllo sociale come inteso da Hart, il ruolo di coordinamento e di organizzazione accanto a quello di pura e semplice direzione dei comportamenti.

¹⁶ L'aveva affermato a chiare lettere in un saggio che precede di qualche anno CL: H.L.A. Hart, *Legal and Moral Obligation*, in A.I. Melden (ed), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle 1958, in cui parla dell'«important connection between the concept of coercion and obligation» (p. 98) non solo nel caso degli obblighi giuridici ma anche di quelli morali (ivi, p. 100 e 102 s.) e si dichiara in consonanza con J.S. Mill quando tratta la nozione di coercizione come essenziale all'obbligo sia giuridico che morale (ivi, p. 106). In realtà, il nesso tra *coercion* e *obligation* è presente nel pensiero di Hart fin dal saggio *Are there any Natural Rights?*.

¹⁷ Il punto è sottolineato da S.A. Anderson, *How Did There Come To Be Two Kinds of Coercion?*, in D.A. Reidy, W.J. Riker (eds), *Coercion and the State*, Springer 2008, p. 26 ss.

¹⁸ Si veda N. McCormick, *H.L.A. Hart*, 2nd ed., Stanford U.P., Stanford 2008, p. 77. Dal canto suo, Hart, in *Legal and Moral Obligation*, p. 100, tratta come “eccessivamente protestante” la caratterizzazione della morale in termini di principi ultimi individuali fatta da R.M. Hare.

3. Coercizione e sanzioni in un sistema giuridico.

È specialmente nel contesto delle critiche al cosiddetto modello del bandito che viene ravvisato il ripudio da parte di Hart di una visione coercitivistica del diritto. Ed in effetti, proprio nelle pagine in cui vengono sviluppate tali critiche, ci s'imbatta in un'affermazione dall'apparenza inequivocabile. Nel respingere ambedue le versioni della tesi della riducibilità delle norme che conferiscono poteri a frammenti di norme, obbliganti o sanzionatorie, Hart infatti osserva che «both, in different ways, make the sanction a centrally important element, and both will fail if it is shown that law without sanctions is perfectly conceivable» (CL, 38, corsivo mio). Sfortunatamente l'autore rimanda ad altro momento lo svolgimento di «this general objection», lasciando al lettore l'onere di andare alla ricerca dei passaggi rilevanti. Come lui, anch'io accantonerò per ora la ricerca della dimostrazione che ci ha promesso, tanto più che si ritiene di solito di poterla ricavare già dalla critica hartiana al diritto inteso come insieme di ordini sostenuti da minacce.

Per compendiare la critica in due parole: da un lato Hart dice (contro l'imperativista Austin) che il diritto non può essere trattato come un insieme di ordini coercitivi, perché esso è un fenomeno primariamente normativo irriducibile a meccanismi psicologici o di comportamento; dall'altro lato dice (contro il normativista Kelsen) che, come fenomeno normativo, esso non può essere ridotto a un complesso di norme tutte sanzionate o sanzionatorie.

Come tutti sanno, Hart rifiuta queste teorie perché trascurano «the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and to plan life out of courts» (CL, 39) e sottovalutano l'uso attivo che del diritto viene fatto per plasmare le relazioni giuridiche (CL, 60). Il modello degli ordini coercitivi non dà conto dell'aspetto interno delle regole, e quindi del punto di vista di coloro che guardano ad esse come standards di condotta e non semplicemente come indizi di possibili sanzioni (CL, 88). Dal punto di vista di chi lo accetta, il diritto è inteso primariamente come guida delle azioni, e le sanzioni appaiono come un rimedio al fallimento nell'esercizio di questa sua funzione primaria, sono solo «ancillary provisions for the failures of the system» (CL, 39).

D'altra parte, i teorici post-hartiani non negano affatto che il diritto faccia largamente uso di sanzioni e non ignorano che di ciò egli sia perfettamente consapevole. Che per Hart la normale operatività di qualunque ordinamento giuridico sviluppato comporti l'uso di sanzioni, è innegabile e si evince da vari luoghi. Per fare un solo esempio tra i tanti, proprio quando introduce la celebre distinzione tra punto di vista esterno ed interno e rispettivi asserti, illustrando i vari tipi di affermazione che possono essere compiuti da un osservatore esterno che non accetta l'ordinamento, egli afferma: «he may, in addition, record *the regular hostile reaction to deviations from the usual pattern of behaviour as something habitual*» (CL, 244, corsivi miei). Egli dà quindi senz'altro per scontato che ciò che viene rilevato dall'esterno come regolarità corrisponda a ciò che è visto come normativamente regolato dalla prospettiva di chi adotta il punto di vista interno. Per lui indubbiamente le sanzioni sono «ancillary provisions for the failures of the system», ma, ancorché ancillari, sono «vital» e «indispensable» (CL, 39, 38).

Che per Hart il diritto ricorra largamente alla minaccia delle sanzioni, e che vi ricorra al fine di fornire ai suoi destinatari un motivo – sia pure ausiliario – di conformità alle sue regole, è dunque pacifico (cfr. ad esempio anche CL, 27, 38).

Vi sono per la verità un paio di indizi in favore di una presa di posizione persino più forte da parte sua. Talora infatti egli sembra sostenere, non già che tutte le norme dell'ordinamento sono sanzionate – com'è ovvio per lui non lo sono le norme che conferiscono poteri – ma che almeno lo siano tutte le norme che impongono doveri.

Ad esempio, quando critica la tesi che raffigura la nullità come sanzione facendo notare che solo nel caso degli ordini coercitivi, e non in quello delle norme che conferiscono poteri, se si sottrae la previsione della sanzione residua pur sempre uno standard intelligibile di comportamento, aggiunge una notazione interessante: osserva infatti che «it may *of course* be argued that in that case they would not be *legal rules*» (CL, 34, primo corsivo mio). L'obbligo giuridico è dunque concettualmente indipendente dalla sanzione, ma si accompagna "ovviamente" ad essa. Ed inoltre, quando illustra la versione moderata della teoria che tratta le norme che conferiscono poteri come frammenti, ossia quella che riduce tutte le norme ad ordini sostenuti da minacce rivolti ai cittadini, osserva che essa ha almeno il pregio di non manipolare la visione di senso comune delle norme che impongono doveri (CL, 37), con ciò lasciando implicitamente intendere che per il senso comune obblighi e sanzioni nel diritto sono legati in maniera non contingente. Forse riaffiorano qui, ossia nel contesto del discorso sulle norme primarie di un ordinamento giuridico, quegli elementi della *social pressure* e delle *hostile reactions* di cui si è detto all'inizio in rapporto alle regole sociali. C'è indubbiamente nel libro di Hart una tensione irrisolta tra l'analisi generale delle regole sociali e l'analisi delle norme primarie di un sistema giuridico. L'autore è ben consapevole che «there are many things which are untrue of laws taken separately, but which are true and important in a legal system considered as a whole»¹⁹. Col dare per scontato che il diritto sia una pratica sociale, finisce però per dimenticare talora le sue stesse cautele e per trattare le regole giuridiche come se fossero, ciascuna e tutte, regole sociali²⁰.

Non mi pare il caso di dare troppo peso a questi spunti, che comunque non sono tali da intaccare il senso complessivo della critica di Hart a Austin e a Kelsen²¹.

¹⁹ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 78. Il brano citato è interessante perché riguarda proprio il nostro tema. Infatti prosegue così: «For example, the connection between law and sanctions ... must be understood in this more general way. It is surely not arguable (without some desperate extension of the word 'sanction' or artificial narrowing of the word 'law') that every law in a municipal legal system must have a sanction, yet it is at least plausible to argue that a legal system must, to be a legal system, provide sanctions for certain of its rules».

²⁰ Sul ruolo dell'effettività nel pensiero di Hart, si veda M. Jori, *Del diritto inesistente*, ETS, Pisa 2010, spec. p. 93 ss.

²¹ Questo ovviamente non significa che la critica di Hart sia ineccepibile. Al riguardo, restano insuperate, a mio parere, le considerazioni di G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Giappichelli, Torino 1967 e J.W. Harris, *Law and Legal Science*. Per una recente rivisitazione

Invece occorre porsi la seguente domanda: dal fatto che per Hart le norme giuridiche non sono minacce coercitive, davvero si può ricavare che a suo avviso il diritto non è, «per sua natura», coercitivo²²? A me pare che la risposta debba essere negativa.

Quando si passa dalla putativa situazione pregiuridica fatta di sole norme primarie alla situazione in cui esiste un *sistema* giuridico, il salto è notevole. Ora, infatti, tutto il peso del carattere sociale del diritto viene dislocato sulla norma di riconoscimento: solo questa, per Hart, non può che essere una norma sociale, e di una norma sociale deve avere tutti i connotati (v. sopra, § 2); le altre norme dell'ordinamento, invece, potrebbero non essere né accettate né praticate, anche se è ovviamente necessario che siano almeno obbedite per la gran parte. Allorché introduce la nozione di regola di riconoscimento, Hart osserva che essa «will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group *to be supported by the social pressure it exerts*» (CL, 92, corsivo mio). Palesemente, qui il gruppo non si identifica con quella comunità informale che nelle società semplici tiene in vita le singole regole consuetudinarie, siano esse le regole della moralità sociale o regole giuridiche rudimentali, di cui Hart parla all'inizio del libro. Qui abbiamo invece a che fare con una struttura organizzata, un apparato istituzionale coercitivo che usa la norma di riconoscimento per identificare le norme alle quali potrà essere applicata legittimamente la pressione sociale nonché – tramite le norme di giudizio da essa riconosciute – per stabilire come e da chi la pressione sociale dovrà essere esercitata²³. Come osserva Anderson, «Regardless of whether the term “coercion” is properly limited to threatening activity, the real import of coercion, for Hart, is in the larger organization or system of coercion which both threatens and then follows through with physical sanctions»²⁴. Una delle caratteristiche di gran parte dei sistemi giuridici evoluti, Hart ci ricorda, è la «centralization of social pressure» (CL, 95) e l'«official monopoly of ‘sanctions’» (CL, 91) unito alla tendenziale proibizione dell'autotutela privata e dell'uso privato della forza fisica (CL, 95). In tutto il libro, il carattere centralizzato dei *municipal legal systems* viene costantemente opposto a quello decentrato della società pregiuridica e del diritto internazionale (v. infra, § 4.).

delle critiche di Hart a Kelsen, si veda C. Kletzer, *The Role and Reception of the Work of Hans Kelsen in the United Kingdom*, (Draft, 25/03/2010), in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1578145>.

²² Così L. Green, *The Concept of Law Revisited*, in *Michigan Law Review*, 1996, p. 1702.

²³ Uno dei pochi autori ad aver sottolineato questo aspetto è J. Waldron, *Who Needs Rules of Recognition?*, in M.D. Adler, K.E. Himma (eds), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, OUP 2009, p. 328 s., il quale mette opportunamente in relazione la funzione della norma di riconoscimento di delimitare i confini del giuridico e quella di legittimare, all'interno del sistema, l'uso degli apparati coattivi e delle sanzioni. Si potrebbe in questo senso parlare di una funzione “garantista” della norma di riconoscimento, beninteso in un senso minimale di garantismo.

K.E. Himma, *Hart and Austin Together Again for the First Time*, fa notare che «The idea that one might, as a matter of morality, be justifiably sanctioned for not doing x makes sense where there are no formal mechanisms for sanctioning x, but the same cannot be said for the idea that one might, as a matter of legality, be justifiably sanctioned for not doing x where there are no legal mechanisms for sanctioning x. The legal availability of such mechanisms is a necessary condition for being legally justified in applying them to any behavior».

²⁴ S.A. Anderson, *How Did there Come to be Two Kinds of Coercion?*, p. 27.

Ricordiamo ancora l'immagine dell'obbligo come catena che lega il singolo, la cui estremità può essere controllata o dal gruppo, oppure dai suoi *officials representative*. Neppure le norme che conferiscono poteri (mi riferisco in particolare ai poteri privati) sono estranee a questo quadro, perché l'altro capo della catena può essere tenuto in mano anche dai privati (CL, 85). È vero che per Hart tali norme sono radicalmente diverse per forma e funzione sociale dalle norme obbligatorie, dato che consentono di creare strutture di diritti e di doveri, ma questo avviene pur sempre nel contesto del «coercive framework of the law» (CL, 27, 48). Il che significa che essere titolari di poteri giuridici equivale alla possibilità giuridica di avvalersi del potere coercitivo statale e di controllarne in una certa misura l'esplicazione. Tale idea è articolata più chiaramente nel *Postscript*, ove Hart osserva che «legal rights and duties are the point at which the law with its coercive resources respectively protects individual freedom and restricts it or confers on individuals or denies to them the power to avail themselves of the law's coercive machinery»²⁵. Insomma, è vero che per Hart le norme che conferiscono poteri «appear ... as an additional element introduced by the law into social life over and above that of coercive control» (CL, 40, corsivo mio), ma è altresì vero che per lui tali norme non potrebbero esplicare la loro peculiare funzione sociale se non si inquadrassero all'interno del *coercive framework of law*, che fornisce protezione alle scelte del singolo ove compiute nelle forme giuridicamente prestabilite²⁶. E del resto non si vede quale «huge and distinctive amenity» (CL, 41) esse potrebbero rappresentare per gli individui, se i diritti e doveri creati in base ad esse non trovassero protezione nell'apparato coercitivo dell'ordinamento.

Tutto ciò naturalmente non trasforma il sistema giuridico hartiano in un *gunman writ large*, se con questo si vuol intendere che le sue norme sono trattate solo come elementi utili a prevedere le conseguenze negative delle trasgressioni ed obbedite unicamente per timore della sanzione. Hart, con opportuno realismo, lascia aperta la possibilità che il diritto sia accettato e/o obbedito per i più svariati motivi. Indubbiamente è per lui imprescindibile che vi sia la cooperazione volontaria, che nel caso dei privati cittadini può concretarsi in una mera obbedienza passiva e solo nel caso dei funzionari, gli *officials*, richiede una «attiva» accettazione, per qualunque motivo. Nessun ordinamento potrebbe infatti reggersi sul solo timore delle sanzioni da parte dei suoi destinatari (v. infra § 4).

Ma indubbiamente l'ordinamento giuridico delle società evolute come raffigurato da Hart è un *rule-governed gunman writ large*, un apparato istituzionale normativo coercitivo che si sostiene sul monopolio della forza fisica, la amministra in modo centralizzato attraverso i suoi funzionari e di essa fa largamente uso, tramite sanzioni anche fisiche, a vantaggio o a detrimento dei suoi destinatari. Non si capirebbe altrimenti il riferimento dell'autore ai

²⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 269 (corsivi miei).

²⁶ Come del resto notato a suo tempo da Bobbio: N. Bobbio, *Diritto e forza*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970, p. 137. Osservo per inciso che la considerazione fatta nel testo, mentre per un verso armonizza le tesi hartiane in tema di coercizione, per un altro verso indebolisce le critiche di Hart alla teoria kelseniana delle norme secondarie come frammenti, rendendo ulteriormente plausibile la loro ricostruibilità in questi termini.

possibili costi – da bilanciare coi benefici – insiti nel passaggio dalla società semplice al mondo giuridico. La «sobering truth» (CL, 197), osserva Hart, è che «the cost is the risk that *the centrally organized power* may well be used for the oppression of numbers with whose support it can dispense, in a way that the simpler régime of primary rules could not» (CL, 198, corsivo mio)²⁷. Il controllo sociale centralizzato, proprio in ragione dei mezzi organizzativi e istituzionali di cui dispone e della permanente superiorità di cui gode, anche per lui è di gran lunga più pericoloso della pur oppressiva pressione sociale diffusa.

La *Preface* di CL si apre con una celebre dichiarazione d'intenti: «My aim in this book has been to further the understanding of law, coercion and morality as *different but related* social phenomena» (CL, v, corsivo mio). Nonostante prospetti chiaramente relazioni oltre che differenze, temo che il programma di Hart non sia stato preso abbastanza sul serio, almeno sul versante dei rapporti tra diritto e coercizione. Certo per lui il modello vetero-positivista degli ordini coercitivi non rende conto in maniera adeguata né della coercizione *nel* diritto, né la coercizione *del* diritto. Non rende conto in maniera adeguata della prima perché non tutte le norme giuridiche prevedono sanzioni e soprattutto perché trascura il punto di vista interno; non rende conto in maniera adeguata della seconda, perché trascura che l'apparato coercitivo su cui il diritto si regge è esso stesso normativamente regolato dalle norme secondarie, a partire dalla norma di riconoscimento. Ma il modello degli ordini sostenuti da minacce è solo un modo errato di leggere i rapporti tra coercizione e diritto, e sbarazzarsi di esso non significa recidere ogni collegamento tra i due elementi.

È vero che Hart non incorpora in modo esplicito l'aspetto coercitivo nella sua controversa "definizione" del diritto come unione di norme primarie e secondarie²⁸. È altresì vero che in generale egli non tematizza espressamente l'aspetto coercitivo del diritto, e questo potrebbe essere considerato indicativo di un pensiero poco coerente. Io preferisco interpretare la sua parsimonia, almeno quanto a esplicite dichiarazioni di principio, come dovuta in parte alla convinzione di avere a che fare con un'ovvietà di senso comune²⁹, e in parte al desiderio di apparire il più possibile distante da Austin, ma soprattutto da Kelsen. D'altro canto, è significativo che Hart, che pure ha avuto modo di criticare in più occasioni svariati aspetti della dottrina pura del diritto, non abbia mai preso posizione contro la fondamentale idea kelseniana che il diritto sia essenzialmente coercitivo³⁰. E in realtà i punti di contatto tra i due autori, anche

²⁷ Lo scenario dell'élite oppressiva è evocato da L. Green, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in *New York University Law Review*, 2008. Uno scenario parimenti inquietante è quello della *sheeplike society* (cfr. CL, p. 114), su cui si veda almeno J. Waldron, *All We like Sheep*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1999.

²⁸ Vedi in questo senso, da ultimo, M. Jori, *Del diritto inesistente*, p. 31. Nello stesso senso, A.T. Kronman, *Hart, Austin, and the Concept of a Legal System*, p. 606.

²⁹ Un altro elemento di senso comune che Hart dà per scontato senza mai esplicitarlo è quello della presenza di un unico diritto in ogni società, salvo i casi di patologia sociale. Su questo elemento fondamentale del concetto di diritto di senso comune, si veda M. Jori, *Del diritto inesistente*, p. 28 e *passim*.

³⁰ Non mi pare rappresenti un controesempio il saggio *Self Referring Laws*, in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, in cui Hart critica l'argomento del regresso all'infinito addotto da Kelsen contro la tesi dell'imperativismo classico che lega la giuridicità della norma alla presenza di un'ulteriore norma sanzionatoria. Ma si veda H.L.A. Hart, *Lon L. Fuller: The Morality of Law*, ivi, pp. 353-4, in cui si menziona «the theory (which is no favourite of mine) that

sul nostro tema, sono palpabili; la contiguità con Kelsen³¹ – ma forse soprattutto con il Kelsen riletto da Bobbio³² – è sorprendente, anche se difettano a Hart sia il realismo politico sia il pessimismo kelseniano. Di certo il lettore non troverà nel suo libro alcuna evocazione del volto della Gorgone del potere. Il mondo giuridico che Hart dipinge è infatti fin troppo normalizzato: gli opposti rischi dell'élite oppressiva e della *sheeplike society* sono per lui in fondo marginali. Nel mondo giuridico hartiano ciascuno degli attori tende a fare sempre la propria parte e questa è puntualmente rispecchiata dal linguaggio da essi adoperato. È un mondo essenzialmente filtrato attraverso la rappresentazione del diritto fornita dalla giurisprudenza³³.

4. La necessità naturale di un ordinamento coercitivo.

Mi ero ripromessa di tornare sull'affermazione di Hart, secondo quale un diritto che non faccia uso di sanzioni è perfettamente concepibile. È infatti specialmente da essa che si pensa di poter ricavare sia la posizione complessiva di Hart in tema di coercizione, sia l'argomento teorico per cui la coercizione, in quanto estranea alla natura del diritto, esula dai legittimi compiti della teoria giuridica.

L'obiezione di principio viene svolta da Hart nel penultimo capitolo del suo libro, a suggello del discorso sul contenuto minimo del diritto naturale. Qui egli denuncia due modi sbagliati di affrontare il problema, se il diritto *debba* far uso di sanzioni. Vediamo innanzi tutto il primo modo.

In base ad esso, la presenza delle sanzioni è richiesta dal significato della parola "diritto" o "sistema giuridico", è insomma necessaria per definizione. Chiunque abbia letto anche solo distrattamente *The Concept of Law*, può immaginare quanto poco piaccia a Hart questo modo di impostare le cose: benché il libro sollevi spesso «questions which may well be said to be about the meanings of words» (CL, v), nessuno dei problemi fondamentali del diritto, a

law is most usefully distinguished from other forms of social control by its organized provision for the enforcement of its rules by sanctions», aggiungendo che «the selection of the provision for sanctions as a distinguishing mark of law by writers like Austin or Kelsen was ... motivated by the conviction that the introduction of organized sanctions explains the peculiarly imperative character of legal as distinguished from other types of social norms, and brings with it a number of associated differences».

³¹ Non mi pare casuale che il tema della coazione sia sparito dall'agenda filosofico-giuridica angloamericana insieme con Kelsen (per la verità da sempre poco studiato). Per quanto riguarda la Gran Bretagna, un'utile panoramica è in C. Kletzer, *The Role and Reception of the Work of Hans Kelsen in the United Kingdom*, che ricollega il crescente disinteresse verso Kelsen, fra l'altro, al cambiamento dei programmi di studio operato da Dworkin come successore di Hart nella cattedra di *Jurisprudence* a Oxford. Per quanto riguarda gli Stati Uniti, si veda D.A.J. Telman, *Selective Affinities: On the American Reception of Hans Kelsen's Legal Theory*, Bepress Legal Series, Paper 1341, 2006.

³² Non mi risulta che Hart abbia mai citato Bobbio, che pure conosceva bene, in alcun suo lavoro. Nell'intervista a Sugarman (D. Sugarman, *Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman*, in *Journal of Law and Society*, 2005, p. 275) egli qualifica Kelsen e Bobbio come i filosofi del diritto più eminenti della sua generazione.

³³ Il riferimento qui è a M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milano 1979, spec. cap. 4 e 5.

partire dal concetto medesimo di diritto, può essere per lui affrontato fruttuosamente come una questione di definizione, ossia di indicazione delle condizioni necessarie e sufficienti per l'uso di un termine.

Ecco la sua replica: «There are no settled principles forbidding the use of the word 'law' of systems where there are no *centrally organized sanctions*, and there is good reason (though no compulsion) for using the expression 'international law' of a system, which has none» (CL, 195, corsivo mio).

È una replica un po' strana perché, a ben guardare, essa non risponde affatto alla domanda: "è possibile un diritto senza sanzioni?", bensì alla *diversa* domanda: "è possibile un diritto senza sanzioni *centralizzate?*"³⁴. Ciò ovviamente depotenzia alquanto la portata della confutazione, anche se ci dà un'indicazione delle idee di Hart sul ruolo delle sanzioni e sulla natura del diritto internazionale. Fra le varie differenze strutturali che secondo l'autore intercorrono tra quest'ultimo e il diritto statale, c'è appunto la mancanza in esso di un sistema di sanzioni centralmente organizzato (CL, 212). Senza dubbio sussiste, egli dice, un'ovvia analogia tra le sanzioni centralizzate dei *municipal legal systems* e le cosiddette "sanzioni decentrate" della rappresaglia e della guerra di cui parla Kelsen, ma essa non è decisiva per dirimere la questione se il diritto internazionale vada considerato come diritto³⁵. Nondimeno, anche nel diritto internazionale «there is a general pressure for conformity to the rules ... and their breach is held to justify not only insistent demands for compensation, but reprisals and counter-measures» (CL, 214-5). Non si potrebbe altrimenti parlare di regole che governano il comportamento degli stati, dato che al concetto di regola (sociale) hartiano, come abbiamo visto all'inizio, è indispensabile l'elemento della pressione sociale. Semmai questa, nel caso degli stati, è di solito relativamente debole, oltre che decentrata e non organizzata (CL, 226). Dunque, non è che le sanzioni nel diritto internazionale propriamente manchino, è che manca un apparato coercitivo organizzato e centralizzato che le amministri tramite una norma di riconoscimento e annesse norme di giudizio. Se paragonato al diritto internazionale, dice Hart, il diritto statale è «far more strongly coercive» (CL, 226), con ciò ammettendo che lo sia anche il diritto internazionale, nel senso in cui per lui lo sono tutte regole socialmente praticate.

Conta poi, specialmente, la differenza tra i soggetti della comunità statale e di quella internazionale, tra gli esseri umani e gli stati, e con ciò il contenuto minimo del diritto naturale. Veniamo così al secondo modo sbagliato di affrontare la questione se il diritto debba sempre prevedere sanzioni. Abbiamo visto che l'errore del primo consisteva nell'impostare la questione in

³⁴ La replica è strana anche perché si colloca nel contesto di una critica alla tesi per cui il diritto può avere qualunque contenuto. Hart palesemente si riferisce a Kelsen, pur senza menzionarlo, ma il modello kelseniano della norma primaria sanzionatoria espone la dottrina pura proprio alla critica opposta, quella di attribuire al diritto sempre lo stesso contenuto. Inoltre va notato che qui Hart riferisce l'espressione "system" al diritto internazionale, mentre nell'ultimo capitolo del libro mette in chiaro come esso non possa essere considerato affatto un sistema, perché manca di una norma di riconoscimento.

³⁵ Ed anzi, trattare la questione della giuridicità del diritto internazionale come legata alla presenza o all'assenza di sanzioni equivale per lui a regredire al modello degli ordini sostenuti da minacce. CL, p. 212.

termini definitivi. L'errore del secondo consiste nel trattare la presenza di sanzioni nel diritto come una circostanza di fatto puramente contingente ancorché onnipresente. Hart non spiega perché quest'approccio fattuale sia per lui insoddisfacente, ma sembra chiaro che lo sia perché il concetto di diritto a cui intitola il suo libro non si riduce né al significato della parola diritto e neppure a una collezione di elementi statisticamente frequenti³⁶. È a questo punto che Hart introduce, accanto alle definizioni e alle ordinarie asserzioni di fatto, un terzo tipo di asserti, quelli la cui verità «is contingent on human beings and the world they live in retaining the salient characteristics which they have» (CL, 195)³⁷. In base a questo terzo tipo di asserti, le sanzioni vanno considerate una *necessità naturale* dei sistemi giuridici: esse sono sia possibili che necessarie, ma solo a condizione che gli individui umani e il mondo continuino ad essere quello che sono.

In un passo che suona tra i più hobbesiani del libro³⁸, dopo aver ribadito che gli individui obbediscono al diritto per una varietà di motivi, che i vantaggi di un sistema di reciproche astensioni sono tali da favorire la cooperazione volontaria dei più, ma che la tentazione di far prevalere il proprio interesse immediato sul rispetto delle regole è perennemente incombente, osserva: «Yet, except in very small closely-knit societies, submission to the system of restraints would be folly if there were no organization for the coercion of those who would then try to obtain the advantages of the system without submitting to its obligations. 'Sanctions' are therefore required not as the normal motive for obedience, but as a *guarantee* that those who would voluntarily obey shall not be sacrificed to those who would not. To obey, without this, would be to risk going to the wall. Given this standing danger, what reason demands is *voluntary* co-operation in a *coercive* system» (CL, 193, corsivi dell'autore)

Il lungo passo appena citato è un'implicita replica a chi teme che concentrarsi sulle sanzioni equivalga a ricadere nel modello degli ordini sostenuti da minacce, e dunque in una visione essenzialmente psicologica del diritto e degli obblighi giuridici. Come ho già ricordato, per Hart il diritto non viene normalmente obbedito, né tantomeno accettato, solo per il timore della sanzione: infatti un diritto che facesse leva solo sul sentimento della paura non avrebbe le risorse per sopravvivere³⁹. D'altro canto, anche per lui il diritto usa – e lo fa largamente – la minaccia delle sanzioni proprio per influire sulle motivazioni dei suoi destinatari. Il brano citato poco sopra riconferma entrambi gli assunti e consente di sciogliere l'apparente contraddizione: ci dice infatti che un'organizzazione sociale coercitiva capace di imporre sanzioni sui potenziali trasgressori è necessaria *proprio perché sia possibile – oltre che razionale per il singolo – obbedire al diritto per motivi diversi dal timore della sanzione*. La

³⁶ Per questo Hart considererebbe inaccettabile una posizione come quella di Schauer che, per rivalutare l'importanza dello studio della coercizione da parte della teoria del diritto, fa appello a generalizzazioni sociologiche. Oltre agli scritti citati alla nota 4, si veda F. Schauer, *Necessity, Importance, and the Nature of Law*.

³⁷ Sul contenuto minimo del diritto naturale si veda da ultimo M. Ricciardi, *Diritto e natura*.

³⁸ Hobbesiana è ovviamente l'allusione alla «social life ... less nasty, less brutish, and less short» (CL, p. 191). Cfr. R.A. Shiner, *Hart and Hobbes*, in *William and Mary Law Review*, 1980.

³⁹ La persistenza nel tempo, ossia la non episodicità, delle pratiche giuridiche parrebbe essere un ulteriore elemento del concetto di diritto di senso comune che Hart dà sempre per scontato senza mai esplicitarlo.

cooperazione volontaria è razionale e possibile solo nella cornice di un sistema coercitivo capace di imporre sanzioni, ma il fatto che un sistema normativo sia coercitivo non condiziona in modo meccanico, nel contesto fattuale, i processi psicologici individuali: avere un obbligo non equivale a sentirsi, o ad essere, obbligati; né pregiudica, nel contesto di giustificazione, la ricostruzione di esso come un insieme di ragioni normative in cui le specifiche sanzioni hanno un posto solo ausiliario. Come ha sottolineato John Finnis, nel passo citato Hart transita più volte dalla prospettiva del singolo alla prospettiva del “law-maker”⁴⁰. Per il singolo è questione di razionalità: il “calcolo” che approda alla decisione di cooperare volontariamente ha come fattore determinante la presenza di un apparato che, solo in quanto accenti in sé il potere coercitivo, può proteggerlo, azzerando il doppio vantaggio che i trasgressori ricavano dalla cooperazione altrui⁴¹. L’alternativa, folle, è il perenne rischio di «going to the wall». Per il “law-maker”, invece, è questione di necessità e non di scelta: se il sistema vuole avere speranza di esistere come tale, deve fondarsi su un’organizzazione che abbia le risorse fattuali e normative per imporre le sue norme anche con la minaccia e con l’uso della forza fisica, almeno finché la natura umana resta quel che è. In alternativa, non avremmo un diritto senza coercizione, ma semplicemente un non diritto, qualcosa d’altro.

Tutto ciò dimostra, mi pare in maniera chiara, che per Hart il diritto come mezzo di controllo sociale si caratterizza e si distingue dalle altre tecniche di controllo per il modo peculiare in cui concentra in sé il potere coattivo e lo esercita tramite sanzioni, e che per lui non è possibile prescindere da questo elemento se si vuol dar conto in modo adeguato del carattere normativo attribuito al diritto dai partecipanti alla pratica giuridica. Benché non si sia mai espresso al riguardo, Hart avrebbe sicuramente considerato assurdo o più probabilmente futile l’idea di orientare la descrizione del diritto in base alle caratteristiche che esso *potrebbe* avere in una società immaginaria, per esempio in una comunità di individui più simili ad angeli di quanto non lo siano allo stato attuale gli esseri umani⁴².

Hart è celebre, oltre che per *Il concetto di diritto* e per gli studi su Bentham, anche per essersi dedicato al tema della giustificazione della pena e

⁴⁰ J. Finnis, *On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact*, in M.H. Kramer, C. Grant, B. Colburn, A. Hatzistavrou (eds), *The Legacy of H.L.A. Hart. Legal, Political, and Moral Philosophy*, OUP, Oxford 2008, p. 15. Le osservazioni che seguono sono mie, non di Finnis, il quale invece legge nel passo citato una presunta adesione di Hart alla visione tomista del diritto come *ordinatio rationis ad bonum commune*.

⁴¹ Lungi da me voler trattare Hart come un hobbesiano. Ovviamente nel suo ordine d’idee i singoli non effettuano alcun calcolo o, per meglio dire, per lui è affatto contingente e in ogni caso irrilevante che l’atteggiamento pratico da adottare riguardo al diritto sia il frutto di una deliberazione razionale.

⁴² Mi riferisco al “diritto angelico” ipotizzato da J. Raz, *Practical Reason and Norms*, pp. 159-60. Cfr. CL, p. 101, ove vengono giudicati «pointless or idle» i giudizi di validità formulati in base a un diritto estinto o mai esistito. Per la verità Raz ha ricavato il suo esempio del diritto angelico proprio da Hart, in J. Cohen, H.L.A. Hart, *Theory and Definition in Jurisprudence*, in *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary Volumes*, 1955, p. 253, che però Hart adduce proprio per respingere l’idea che un sistema giuridico possa essere identificato tramite un elenco di condizioni necessarie.

a quello dell'imposizione coattiva della morale positiva tramite il diritto⁴³. In entrambi i temi l'aspetto coercitivo del diritto risalta in maniera inequivocabile. Non credo che questi suoi interessi siano frutto del caso. Discutendo delle idee di Lord Devlin, egli avanza la tesi per cui nessuna istituzione sociale e pratica normativa può sottrarsi al vaglio della critica, «in the light of general principles and knowledge of the facts»⁴⁴. Questo vale in particolar modo per il diritto: «we are committed at least to the general principle that the use of legal coercion by any society calls for justification as something *prima facie* objectionable to be tolerated only for the sake of some countervailing good»⁴⁵.

Accantonare la coercizione come tema teorico-giuridico comporta perciò il rischio di eludere questa esigenza di giustificazione, che anche nel capolavoro di Hart ha uno spazio non secondario⁴⁶.

Il concetto di diritto non segna affatto una rottura con la tradizione giuspositivista in tema di coercizione, ma si pone in linea di continuità con essa. Ogni folle può essere originale, ma Hart non era tanto folle da aspirare all'originalità a tutti i costi.

⁴³ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, OUP, Oxford 1968; Id., *Law, Liberty and Morality*, OUP, Oxford 1963. Il tema della coercizione è peraltro presente anche in H.L.A. Hart, T. Honoré, *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford 1959.

⁴⁴ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, p. 20.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Si veda CL, p. 204 ss., dove il problema della separazione tra diritto e morale viene prospettato in termini di scelta tra una definizione ampia e una ristretta del concetto di diritto, scelta da compiere in base a esigenze di chiarezza non solo teorica, ma anche morale, della valutazione morale del diritto. Il punto è stato letto non a torto come indicativo di un'adesione da parte di Hart al giuspositivismo normativo. Per la posizione di Scarpelli al riguardo, cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965, pp. 133-4.