

HERBERT HART

1.

Filosofo del diritto professionale

- C'è un "prima di Hart" e un "dopo Hart" → Dopo Hart le cose non sono state più eguali, e il suo pensiero è stato un punto di riferimento per gli studiosi.

Ad Hans si può paragonare soltanto Kelsen

La discussione filosofico-giuridica contemporanea, dominata da categorie e figure anglosassone, è una discussione che avviene dopo Hart.

Lo stile di Hart, come detto da Locke, è unaffected e si comprende sempre cosa vuol dire e dove vuole andare a parere.

Oxford è la sede principale della "filosofia analitica" = di quella filosofia che metteva fondamentalmente al centro del suo fuoco di indagine i problemi del linguaggio

E a Hart si connette: la giurisprudenza analitica che aspira alla scientificità e al rigore sulla base di tali presupposti metodologici.

La filosofia di diritto di Hart ha anche giocato un ruolo nel dibattito civile delle liberaldemocrazie occidentali.

La sua **concezione del diritto**, rigorosamente difesa con fermezza, ha delle conseguenze: non si presenta come il prodotto algido e rarefatto di una speculazione autoreferenziale.

La riflessione di Hart ha una freschezza e un fascino particolare, che spiegano bene come la filosofia giuridica sia un'intrapresa che riguarda da vicino gli uomini e le donne del suo tempo, perché può avere conseguenze teoriche "operazionalizzabili", atte cioè ad avere un impatto sulla concreta vita del diritto.

2.

Teorizza il **paradigma della separazione fra diritto e morale**. In tedesco si parla di "tesi della separazione". In base a questa tesi, non c'è connessione logica necessaria fra diritto e morale, al contrario di quanto sostiene la "tesi della connessione".

Es. i Processi di Norimberga → dopo la fine della seconda guerra mondiale

Hart, tuttavia, è adamantino: il **diritto è solo diritto positivo**, e piuttosto che fare concessioni al diritto naturale è meglio assumersi la responsabilità di una legge retroattiva.

Il diritto e la morale sono due sfere separate, e non c'è una connessione logica fra esse.

Il diritto degli ordini giuridici è diritto positivo, dotato di una logica: anche se Hart riconosce che dimora in essi un "**contenuto minimo di diritto naturale**", che è collegato ad aspetti considerati immutabili della condizione umana, per esempio la **vulnerabilità**.

Le caratteristiche salienti della natura umana sulle quali poggia "il contenuto minimo" sono:

1. Vulnerabilità umana
2. Uguaglianza approssimativa
3. Altruismo limitato
4. Risorse limitate
5. Comprensione e forza di volontà limitate.

Esse rappresentano “**il nucleo di buon senso della dottrina giusnaturalistica**”

Hart difende vigorosamente lo studio del diritto “come è” in quanto distinto dalle elaborazioni del diritto “come dovrebbe essere”. Anche a questa distinzione egli si rifà parlando esplicitamente di positivismo giuridico, un’etichetta, egli nota con senso dell’umorismo, che ha finito “con l’assumere il significato di un sconcertante molteplicità di peccati dello spirito”.

3.

Nel capolavoro di Hart, il **concetto di diritto**, influenzerà in modo radicale la riflessione successiva: il libro esce nel 1961.

Si può affermare che gli anni sessanta furono, per la filosofia del diritto, gli “anni di Hart”.

Hart concepisce due fondamentali tipi di norme: quelle primarie che impongono obblighi e quelle secondarie che attribuiscono poteri e facoltà.

La complessità dell’ordinamento nasce dalla presenza di entrambi i tipi di norme, ambedue fondamentali: e la norma secondaria sembra sfuggire alla presa della tesi imperativistica che riduce ogni norma a un comando coattivo. Non si riesce a fare un ordinamento soltanto con un insieme di comandi, di rules of obligation.

Quindi il diritto non è solo coercizione, forza.

Esiste negli ordinamenti una norma molto importante, che in italiano si chiama: **norma di riconoscimento** (rule of recognition), che è la norma che permette agli operatori giuridici, ma anche ai cittadini, di individuare, riconoscere le norme primarie di obbligazione e tutte le altre norme.

Hart nota come le norme di riconoscimento si appalesi nei modi concreti coi quali il diritto funziona, cioè nei modi coi quali si individua il diritto valido.

Fare il confronto fra Kelsen e Hart

È l’osservazione del funzionamento del sistema giuridico che rivela l’esistenza della norma. Un tema di discussione è la differenza fra la “norma di riconoscimento” hartiana e la “norma fondamentale presupposta” di Kelsen: questa è la condizione trascendentale di validità di un ordinamento, mentre quella è un fatto osservabile.

Questa idea dei “fatti osservabili” è importante in Hart → egli parla in effetti di **punto di vista esterno**, intendendo con questa nozione i comportamenti osservabili dei consociati, di determinati soggetti; da questi comportamenti si può dedurre l’esistenza di determinate regole di obbligo.

Il punto di vista esterno, però, non esaurisce la considerazione e lo studio del diritto: a esso si accosta il **punto di vista interno**. Si intendono con questa nozione gli stati mentali dei consociati, dei soggetti coinvolti, che aderiscono internamente alla regola, che viene cioè riconosciuta come diritto.

4.

Hart riconosce che una norma può essere valida senza essere efficace, senza cioè modificare il comportamento dei suoi destinatari. Per Hart, inoltre, gli ordinamenti sono costituiti esclusivamente da norme.

Eppure, in modo controintuitivo, un ordinamento non efficace, nel suo complesso, non è neppure valido (Hart sostiene anche l’esistenza della sola norma di riconoscimento presuppone la sua efficacia).

Anche Hans, Kelsen e Norberto Bobbio la pensano allo stesso modo: si parla in proposito di "principio di efficacia". Ogni norma, presa alla volta, distributivamente, può risultare non- efficace senza perdere la sua validità; ma non può darsi il caso che tutte le norme, collettivamente, siano inefficaci: l'ordinamento non esiste più in quanto tale, non è un ordinamento valido.

L'ordinamento giuridico deve essere, nel suo complesso, efficace,

Per i giusnaturalisti la scienza giuridica era semplicemente la previsione dei comportamenti delle corti, il vero *law in action*, al contrario del diritto "valido ma non efficace" sarebbe solo *law in books* (la validità del diritto viene tendenzialmente ridotta all'efficacia)

Hart fa notare come questa impostazione realistica guardi solo al comportamento dei giudici, e questo significa limitarsi al punto di vista esterno. Il punto di vista interno è fondamentale per comprendere il modo nel quale le corti si pongono di fronte al diritto.

La filosofia di Hart è dunque un' equilibrata, articolata e complessa versione di giuspositivismo, che comporta anche una separazione del diritto e quella della morale.

Contributo di Hart alla **teoria dell'interpretazione** : le norme sono generali e astratte e dunque vaghe e generiche, non potendo il legislatore prevedere tutto ciò che accadrà in futuro. Il diritto ha una struttura aperta, per cui è l'interprete a dover decidere se una determinata norma sarà applicabile o meno a una specifica fattispecie, così facendo potrà essere eliminata l'incertezza.

Mediante una teoria definita "intermedia", Hart sostiene che le norme debbano essere interpretate per poter essere applicate ai casi concreti e che tale attività comporti la creazione di diritto entro i limiti comunque stabiliti dal legislatore.

Del resto, in tutti i campo dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio.

Ci saranno dei casi ai quali le espressioni generali sono applicabili, ma vi saranno anche dei casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no.

I canoni "interpretativi" non possono eliminare queste incertezze, bensì diminuirle.

5.

Hart fu capace di trarre importanti conseguenze dalla sua visione del diritto e memorabile rimane il suo ruolo nel dibattito sulla coercizione giuridica della morale.

Poiché i principali protagonisti di questo dibattito furono di madrelingua inglese, esso viene spesso ricordato con l'espressione *Legal Enforcement of Morals*.

In Inghilterra vigevano norme che criminalizzavano comportamenti che potevano essere rubricati come **victimless crimes, cioè "crimini senza vittime"**; le cosiddette harmless immoralities, le immoralità che non comportano danno a terzi, erano per esempio l'esercizio della prostituzione.

Si pensi al grande scrittore **Oscar Wilde**, che fu imprigionato nel carcere di Reading per via della sua omosessualità.

Queste norme erano da alcune percepite come problematiche per via della grande lezione di John Stuart Mill, che aveva distinto le "azioni che riguardano noi stessi" (self regarding actions) dalle " azioni che riguardano gli altri" (other regarding actions): in base al principio del danno il diritto penale dovrebbe occuparsi soltanto delle azioni che riguardano gli altri.

Le distinzioni e le tipologie filosofico-giuridiche si presentano spesso come neutrali e oggettive, ma in genere sono molto più coinvolte nella concreta vita dei tempi nei quali esse sorgono.

L'illuminista tedesco Thomasius aveva distinto tre categorie normative :

- Il bene
- Il decoroso
- Il giusto

La massima del bene è di fare a se stessi ciò che vorresti che gli altri facessero a se stessi (es. l'ambito della moralità interiore)

La massima del decoro è di fare agli altri ciò che si vorrebbe che gli altri facessero a noi (es. l'etichetta, le forme. Al decoro non si può essere costretti, perché se si è costretti non è più decoro).

La massima del giusto è non fare agli altri ciò che non si vorrebbe fosse fatto a noi.

Le 3 categorie si distinguono in virtù dei due criteri della bilateralità (il decoro e il giusto: prevedono un rapporto con un "altro") e della coercibilità (il bene e il decoroso non sono coercibili): il giusto è dunque caratterizzato da bilateralità e coercibilità.

Sembra uno schema neutrale, fatto di rigide e asciutte definizioni, ma in realtà c'è in gioco la depenalizzazione del crimine di eresia, che rientrerebbe nel bene, il quale ora risulta convenientemente "non coercibile" per definizione.

- "Rapporto Wolfenden": pubblica nel 1957 "Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution", nel quale Wolfenden afferma che il diritto non deve e non deve mischiare una legge, quindi non dovrebbe interferire con sanzioni penali, con la libertà della vita.

Patrick Devlin, enunciò una tesi importante, la cosiddetta tesi della disintegrazione: secondo questa tesi la società soggiacenti agli ordinamenti giuridici hanno bisogno di valori condivisi, che sono come mastice segreto che le tiene insieme. Una casa senza fondamenta cade, e il bondage, il vicinolo fra cittadini è precisamente questo idem sentire in fatto di morale. Le norme penali che rendono coercitiva la morale condivisa sono quindi uno strumento indispensabile.

Nel discorso di Devlin non ci sono riferimenti né alla religione, né alla biologia o all'anatomia; non si parla di metafisica o di Valori con la "v maiuscola".

L'argomento di Devlin ha una forza specifica proprio perché non è obbligato a offrire alcuna giustificazione scientifica di una data concezione della natura umana.

La cifra dell'argomento di Devlin è un'altra: di valori condivisi c'è bisogno e una società non fa altro che difendere la propria esistenza se prende sul serio questo bisogno, anche con un uso accorto del diritto penale.

Secondo Devlin il diritto dovrebbe difendere i valori condivisi diversi.

Hart e
Devlin

Hart rispose a Devlin, fondamentalmente difendendo le conclusioni del " Wolfenden Committee Report": egli gli fa notare che, nonostante sia vero che diversi comportamenti siano tanto immorali quanto criminosi, da questo non discende che tutti i comportamenti immorali debbano essere criminalizzati.

La visione di Devlin è statica: quando parla di valori condivisi, li considera stabili e immutabili, mentre essi sono dinamici in flusso.

Va considerato che mentre è perfettamente sostenibile che esistano verità immutabili, è molto più difficile sostenere che i valori condivisi abbiano uno statuto di questo genere.

La tradizione ebraica-cristiana conosce la critica ai valori condivisi, quando non adeguino standard di appropriata, e a volte esigente, moralità critica.

Devlin ammonisce che rischio implicito nel non difendere anche penalmente gli share values è quello della disintegrazione.

Chi ragiona nei termini di Devlin è spesso attratto da ragionamenti normativi come il cosiddetto "argomento della china scivolosa": se cediamo su questo punto apriamo la strada a ulteriori cedimenti, che porteranno infine la nostra società verso un baratro di disintegrazione morale.

La concezione di Hart confuta questa visione conservatrice e un poco ricattatoria e offre un concetto di diritto che riflette una diversa visione del ruolo dei valori morali nella società e negli ordinamenti giuridici occidentali.

Il ragionamento di Devlin si presenta allora come un non sequitur: dal fatto che i valori condivisi esistono e giocano un ruolo non consegue la necessità di rendere penalmente coercibile ogni aspetto della moralità condivisa o di quei valori.

Il Regno Unito seguì infine le indicazioni contenute nel "Rapporto Wolfenden", e sostenute da Hart; quando molto più tardi gli Stati Uniti, dovettero affrontare lo stesso problema, le cosiddette sodomy laws ancora in vigore in alcuni stati dell'Unione, i giudici colti e progressisti si ricordano bene dello scontro fra Hart e Devlin.

6.

Gli anni Sessanta furono gli Anni "di Hart" → per la filosofia giuridica anglosassone: una delle conseguenze fu un interesse da parte della filosofia analitica e di orientamento giuspositivista, per il diritto "come è"

Gli anni Settanta furono sotto il segno di John Rawls: 1971 pubblica Una teoria della giustizia, in trattato di 50 pagine sul diritto "come dovrebbe essere".

Dopo Rawls nulla fu come prima, perché la riflessione normativa tornò a pieno diritto nel dibattito teorico, senza alcuna ipotesi di derivazione teologica.

Rawls si considera un "non-perfezionista": per la prospettiva del non-perfezionismo, nessuna concezione del bene dovrebbe giocare alcun ruolo nelle decisioni giuridiche (che dovrebbero restare neutrali).

Per perfezionismo giuridico, invece, è o impossibile o inappropriato, pensare le decisioni giuridiche come indipendenti da concezioni del bene.

Una concezione del bene può avere fondamenti diversi: religiosi, antropologici e giusnaturalistici, o basati su un set di valori condivisi come quelli evocati da Devlin.

Gli anni Ottanta non ebbero figure di intellettuale leader paragonabile a Hart o a Rawls. Erano gli anni di Ronald Reagan e di Margaret Thatcher e altri. Il dibattito filosofico giuridico **dopo Hart** stava per declinarsi in nuove forme, sotto l'impatto di eventi storici e di innovazioni tecnologiche imprevedute e sorprendenti.