

ITALIAN LEGAL SCHOLARSHIP UNBOUND WORKING PAPER SERIES



HART'S *POSTSCRIPT* AND THE NATURE OF LEGAL THEORY

Matteo Mattioni

PG Degree (Law) Candidate, Bocconi University

ABSTRACT

This paper analyses the nature of Herbert L. A. Hart's legal theory – that is the meta-cognitive aspect of his analytical jurisprudence – with reference to his last, unfinished writing (the *Postscript* to his *Concept of Law*, posthumously published in 1994) and to the recent, doubtful reply coming from the *Postscript*'s main addressee, the American philosopher Ronald Dworkin. After a brief – but not cursory – summation of the essential features of Hart's and Dworkin's legal theories and an overview of the debate that continued between the two up to the late 1980s, the present work delves into the *Postscript*'s contents, by means of which Hart tried for the last time to settle his account with his intelligent disciple. At last, Dworkin's newest side-taking on the point (*Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, published in 2004) is considered, dwelling on the most controversial issues it presents.

ILSU WORKING PAPER NO. 2008-08/IT

This paper can be downloaded without charge from

ILSU Working Paper Series
www.ilsuwps.org

LA NATURA DELLA TEORIA GIURIDICA NEL *POSCRITTO* DI HART

Matteo Mattioni

SOMMARIO

ALCUNE AVVERTENZE	3
I. LA NATURA DELLA TEORIA GIURIDICA HARTIANA	4
II. LA NATURA DELLA TEORIA GIURIDICA DWORKINIANA	7
III. SUL VALORE DELLE CRITICHE A <i>THE CONCEPT OF LAW</i>. FRECCIATE	10
IV. LA NATURA DELLA TEORIA GIURIDICA. L'EVOLUZIONE TEORICA DI DWORKIN	12
A. (SEGUE.) UNA PRETESA INAMMISSIBILE. DESCRIZIONE VS. ACCETTAZIONE	14
B. (SEGUE.) SULL'ACCETTAZIONE "IN SENSO FORTE"	17
C. (SEGUE.) UNA CORREZIONE INSODDISFACENTE	18
V. DWORKIN, HART E L'ARCHIMEDEAN JURISPRUDENCE	21
A. (SEGUE.) CONCETTI CONTROVERSI E "DESCRIZIONI" IMPRATICABILI	24
B. (SEGUE.) LA PECULIARITÀ DEL CONCETTO DI DIRITTO. DWORKIN "SMASCHERATO"	26

ALCUNE AVVERTENZE

Il presente lavoro ha per oggetto l'analisi della natura della teoria giuridica di Herbert L. A. Hart, ossia del profilo meta-teorico della sua analytical jurisprudence. Trattasi di un aspetto dell'opera hartiana non sovente dibattuto in trattazioni ad esso esclusivamente dedicate, probabilmente a causa della diffusa convinzione che una sua discussione analitica e "separata" possa costituire un'operazione infruttuosa. Peraltro, in seguito alla pubblicazione postuma del Postscript a The Concept of Law, avvenuta nel 1994, il dibattito teorico sul tema si è fatto piuttosto acceso, soprattutto in ragione della scelta dell'Autore di dedicargli un intero paragrafo del Poscritto, in cui l'argomento è trattato alla luce delle obiezioni avanzate da Ronald Dworkin, il più celebre allievo e critico di Hart, proprio ai caratteri della teoria del diritto propugnata da quest'ultimo.

L'elaborazione del presente lavoro sconta la difficoltà derivante dalla scelta di trattare un argomento che, nell'opera di Hart, è sovente sovrapposto a quello – diverso e, in un certo senso, "successivo" – della natura del positivismo giuridico, stanti i numerosi e necessari collegamenti esistenti fra i due. Quello teorico-metodologico, infatti, è un aspetto che pervade un'opera filosofico-giuridica nella sua interezza, informandola e, in un certo senso, "precedendone" il contenuto sostanziale.

La trattazione procederà nel modo seguente. Alla presentazione della natura della teoria giuridica di Hart così come emerge, in particolar modo, dalla sua opera più importante e nota (The Concept of Law del 1961), seguirà analogamente una presentazione della contrapposta teoria dworkiniana. L'analisi si concentrerà quindi sulle repliche alle obiezioni di Dworkin che l'ultimo Hart affida al Postcript, per tornare di nuovo a Dworkin, il quale, in una lecture del febbraio 2001 tenutasi ad Oxford (e nel relativo testo riveduto e pubblicato nel 2004), ritorna vigorosamente sul tema anche alla luce del Poscritto hartiano.

Un'ulteriore precisazione è necessaria. Numerosi autori, nell'occuparsi, fra l'altro, della materia oggetto di questo lavoro, si soffermano sulle differenze teorico-concettuali esistenti tra i sintagmi "teorico del diritto", "studioso del diritto", "scienziato del diritto" e altri simili, e fanno uso dell'uno piuttosto che dell'altro chiarendo di volta in volta le ragioni della propria scelta. Il presente lavoro non ha sufficiente spazio a disposizione per potersi occupare anche di tale problema metodologico; nondimeno, la trattazione del tema di cui ci si occuperà può prescindere senza pregiudizio dall'affrontare la questione. Pertanto, se si utilizzerà uno dei suddetti sintagmi piuttosto che un altro, ciò sarà fatto in modo volutamente casuale, come se essi fossero fra loro sinonimi.

Questo scritto deve molto al dott. Giovanni Tuzet, le cui attentissime riletture e puntuali correzioni, sempre rispettose dell'autonomia dell'autore e tese ad aiutarne il cammino piuttosto che ad "indirizzarlo", sono state esattamente ciò di cui ogni (volenteroso) principiante ha grande bisogno.

I. LA NATURA DELLA TEORIA GIURIDICA HARTIANA

«Il mio scopo in questo libro era quello di presentare una teoria concernente ciò che il diritto è, teoria che fosse sia generale sia descrittiva»⁽¹⁾. Con queste parole Hart, nell'*incipit* del primo paragrafo del suo *Postscript*⁽²⁾, si riferisce alla natura della propria teoria del diritto.

Nelle pagine di *The Concept of Law*, l'Autore non si occupa sistematicamente del livello meta-teorico della propria opera, né ne parla in modo esplicito. È, del resto, affatto comprensibile che l'Hart del 1961 non reputasse necessario riservare dello spazio ad un'analisi riguardante esclusivamente il proprio metodo teorico, quest'ultimo essendo implicito nella – e strumentale alla – trattazione del contenuto “sostanziale” dell'opera, e venendo in rilievo soltanto nel momento in cui è fatto oggetto delle altrui obiezioni⁽³⁾. Occorre dunque fare riferimento al *Poscritto* per poter leggere una presentazione compiuta, ancorché piuttosto stringata, della natura della teoria giuridica hartiana, proveniente dalla penna del suo stesso ideatore. Nondimeno, nel testo del 1961, alcuni riferimenti impliciti in proposito sono comunque reperibili qua e là, in particolar modo nella *Prefazione* e nel primo capitolo (*Problemi persistenti*).

Com'è noto, con *The Concept of Law*, Hart, partendo dalla critica all'imperativismo austriaco, s'inserisce nel solco della *jurisprudence*, riproponendola in una nuova versione analitica (la cosiddetta *analytical jurisprudence* hartiana) volta a fornire non già delle dottrine particolari, bensì un metodo – quello dell'analisi del linguaggio – utilizzabile da ogni giurista. All'interno della *Prefazione*, in cui Hart espone lo scopo del suo libro e ne individua le possibili chiavi di lettura, egli afferma la propria opera ben potersi leggere, in primo luogo, come un saggio di *jurisprudence* analitica, dal momento che essa «riguarda il chiarimento della generale struttura del pensiero giuridico, piuttosto che la critica del diritto o la politica legislativa»⁽⁴⁾. È qui evidente «il carattere meramente [...] conoscitivo, attribuito da Hart alla *jurisprudence* analitica»⁽⁵⁾, cui scopo è quello di «conoscere e comprendere meglio il diritto: non interpretarlo, né giustificarlo»⁽⁶⁾.

Ebbene, una simile teoria del diritto non può che caratterizzarsi come descrittiva, ossia, come l'Autore affermerà una quarantina di anni più tardi nel *Postscript*, come una teoria «che è moralmente neutrale e non ha scopi di giustificazione»⁽⁷⁾. Essa, lungi dal cercare «di giustificare o di raccomandare sulla base di argomenti morali o di altro tipo le forme e le strutture»⁽⁸⁾ che appaiono nella presentazione del diritto operata da Hart, “precede” piuttosto simili giustificazioni e raccomandazioni: lo stesso Hart crede che «una chiara comprensione di esse [delle forme e delle strutture suddette] è un importante elemento preliminare per ogni utile critica morale del diritto»

⁽¹⁾ H. L. A. HART, *Poscritto*, ne *Il concetto di diritto*, traduzione italiana di M. A. Cattaneo (a cura di), Torino, Einaudi, 2002, p. 309.

⁽²⁾ Il *Postscript* hartiano, pressoché completo nella sua prima sezione al momento della morte dell'Autore, fu pubblicato per la prima volta all'interno della seconda edizione (postuma) di *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1994). Il primo paragrafo del *Poscritto*, intitolato *La natura della teoria giuridica* (pp. 309-314), costituisce la replica alle obiezioni avanzate da Dworkin all'approccio meta-teorico di Hart.

⁽³⁾ È interessante notare, a tal proposito, come la riluttanza dell'Autore ad occuparsi diffusamente e separatamente di una questione non eminentemente pratica quale l'aspetto meta-teorico del suo pensiero, possa esser collegata ad uno degli obiettivi dichiarati del suo libro: quello di «far svanire l'idea che un libro di teoria sia essenzialmente un libro dal quale si impara quello che contengono altri libri» (ivi, p. XXIV).

⁽⁴⁾ Ivi, p. XXIII.

⁽⁵⁾ M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 94.

⁽⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 309.

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

(⁹). La teoria giuridica hartiana è quindi, secondo il suo stesso Autore, un punto di partenza – probabilmente, l'unico punto di partenza valido – per lo sviluppo di riflessioni inerenti al dover-essere del diritto, riflessioni che debbono necessariamente poggiare, per poter esser condivisibili, apprezzabili, o quantomeno ammissibili, su di una solida conoscenza avalutativa delle forme e delle strutture del diritto stesso, ossia su di una conoscenza scevra da ogni contaminazione di carattere morale. È perfino ozioso sottolineare che un approccio autenticamente descrittivo al mondo del diritto e simili riflessioni non sarebbero possibili in assenza di una chiara consapevolezza della separatezza tra diritto e morale, nonché della distinzione – sulla quale si avrà ampiamente modo di tornare – tra attività descrittiva e valutativa; distinzione che oggi «viene ancora considerata uno dei cardini del positivismo giuridico» (¹⁰).

Ma la teoria analitica hartiana, «costruita a partire dall'analisi del linguaggio giuridico» (¹¹), non intende fermarsi al diritto-linguaggio, ché «l'idea che l'esame del significato delle parole si limiti a far luce su queste è falsa» (¹²). L'*analytical jurisprudence* di Hart vuol giungere alla raffigurazione del diritto come *fatto*: in ciò risiede la seconda chiave di lettura di *The Concept of Law*, opera che può anche esser vista, a detta del suo Autore, come «un saggio di sociologia descrittiva» (¹³). Come egli spiega, «[m]olte importanti distinzioni, che non sono ovvie a prima vista, tra tipi di situazioni e relazioni sociali possono esser messe in luce nel modo migliore mediante un esame degli usi tipici delle espressioni che li riguardano e del modo in cui questi dipendono dal contesto sociale» (¹⁴). Riacciando la sua filosofia analitica del diritto alla filosofia del diritto in senso ampio, Hart mette in luce la profonda e stretta connessione esistente fra il linguaggio ed il contesto sociale, e quindi fra la filosofia analitica e la sociologia. Peraltro, lo stesso Hart è ben consapevole del fatto che il rischio, che l'elaborazione di una teoria del diritto, la quale tenga in debito conto questa connessione, porta con sé, è quello del particolarismo del risultato: quello, in altri termini, della non-universalità dell'esito di un'indagine basata su di un determinato contesto sociale e di un determinato diritto.

Per una teoria che ambisce ad essere apprezzabile a livello universale, pertanto, non è sufficiente il solo requisito della descrittività, essendo necessario un secondo elemento: la generalità. La teoria giuridica di Hart è una teoria generale, «nel senso che non è riferita a un particolare ordinamento giuridico o a una data cultura giuridica, ma intende offrire una presentazione esplicativa e chiarificatoria del diritto come una complessa istituzione sociale e politica, caratterizzata dal fatto di essere governata da regole» (¹⁵). Una tale teoria generale del diritto è, secondo il suo ideatore, configurabile in virtù della reperibilità di un “minimo comun denominatore” fra tutte le forme esistenti di diritto-istituzione, che ovunque, «nonostante molte variazioni in diverse culture e diverse epoche, ha assunto la stessa forma e struttura generale» (¹⁶). Certo, lo stesso Hart non nasconde che la ricerca della generalità non può che partire da situazioni particolari: «punto di partenza di questo compito chiarificatore è la diffusa conoscenza comune delle principali caratteristiche di un moderno ordinamento giuridico locale» (¹⁷), conoscenza che l'Autore, nel pri-

(⁹) *Ibidem*.

(¹⁰) M. BARBERIS, *Diritto: com'è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, in *Ragion Pratica*, n. 21, Bologna, il Mulino, dicembre 2003, p. 326.

(¹¹) ID., *Breve storia*, cit., p. 94.

(¹²) H. L. A. HART, op. cit., p. XXIII.

(¹³) *Ibidem*.

(¹⁴) Ivi, pp. XXIII-XXIV.

(¹⁵) Ivi, p. 309.

(¹⁶) *Ibidem*.

(¹⁷) *Ibidem*.

mo capitolo del libro, attribuisce ad ogni persona colta ⁽¹⁸⁾. Ma tale conoscenza non è che il punto di partenza di un percorso, in cui concetti comunemente noti quali «*norme che impongono obblighi, norme che attribuiscono poteri, norme di riconoscimento, norme di cambiamento*» ⁽¹⁹⁾ et cetera divengono strumenti «nei termini dei quali una varietà di istituzioni e pratiche giuridiche possono essere analizzate e possono essere date delle risposte a domande, riguardanti la generale natura del diritto, che sono state originate da una riflessione su tali istituzioni e pratiche» ⁽²⁰⁾. In altri termini, dalla semplice osservazione – descrittiva e avalutativa – del proprio ordinamento giuridico e magari di quelli ad esso più prossimi (e quindi a partire dalla cultura giuridica di una qualunque persona colta), si ricavano, mercé uno spontaneo processo di astrazione, delle figure generali, riferibili a ordinamenti i più diversi, le quali possono essere utilizzate come strumenti di analisi di tali ordinamenti, al fine di dare risposte altrettanto generali a questioni quali – ad esempio – “che cos’è una norma?”, “quanto può una norma dirsi valida?”, “in che cosa una norma differisce da una mera abitudine?” ⁽²¹⁾.

Descrittiva e generale è dunque la teoria giuridica di Hart così come, ad un rapido sguardo, emerge dalla sua opera più importante e come confermato dall’Autore stesso alcuni decenni più tardi. È descrittiva, ossia moralmente neutrale, «perché la messa a punto di un apparato di concetti utili alla descrizione di ogni diritto non mira a giustificare il diritto positivo che viene descritto utilizzando tali concetti» ⁽²²⁾; è generale, in quanto è «utile alla descrizione di qualunque diritto positivo, pur essendo focalizzata sui diritti non primitivi» ⁽²³⁾.

Se sia effettivamente possibile una conoscenza avalutativa del diritto, se le proposizioni su norme possano davvero dirsi descrittive, se un teorico neutrale sia effettivamente libero da qual-

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 5. Qui Hart rileva l’evidente – ma solo apparente – contrasto tra l’«interminabile dibattito teorico condotto sui libri» (*ibidem*) circa la risposta da darsi alla domanda “che cos’è il diritto?” e la «capacità della maggior parte delle persone di citare, con facilità e sicurezza, esempi di leggi, quando ne vengano richieste» (*ibidem*). È affatto naturale aspettarsi che una qualunque persona colta sia in grado di riconoscere schematicamente le caratteristiche salienti di un moderno ordinamento giuridico, caratteristiche che l’Autore individua nella presenza di norme che impongono determinate condotte mercé la minaccia di una sanzione, di norme sul risarcimento del danno, di norme strumentali all’esercizio dell’autonomia privata, di tribunali garanti dell’effettività delle norme suddette e di un potere legislativo che crea norme nuove ed abroga norme precedenti.

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 309, corsivo originale.

⁽²⁰⁾ Ivi, pp. 309-310.

⁽²¹⁾ È appena il caso di sottolineare questa possibile relazione fra i caratteri descrittivo e generale della teoria giuridica hartiana, relazione che identifica nel primo la condizione necessaria – ma non sufficiente – per giungere al secondo. Tentando di entrare nella logica hartiana, se è vero che soltanto attraverso l’elaborazione della realtà a sé più prossima il teorico può giungere alla creazione di figure di analisi delle realtà più distanti, figure per mezzo delle quali giungere a conclusioni davvero generali, è allora necessario che lo stesso teorico sia innanzitutto un fedele osservatore di ciò che lo circonda. Egli è chiamato a registrare la realtà per come essa è, depurandola da ogni mistificazione, da ogni offuscamento, da ogni pregiudizio proprio e da ogni giudizio altrui: egli è chiamato, in altri termini, ad assumere un atteggiamento puramente descrittivo, ad adottare un approccio del tutto neutrale nei confronti della realtà. Un’elaborazione teorica che si sviluppasse a partire da un’osservazione non neutrale, non potrebbe che sfociare in una teoria non già generale, bensì moralmente marcata, indelebilmente intorbidata da elementi valutativi: una costruzione del tutto diversa da quella, generale e descrittiva, di cui Hart intende servirsi.

Questo rapporto di pregiudizialità-dipendenza esistente fra i caratteri descrittivo e generale potrebbe essere utilizzato al fine di dare una spiegazione all’attenzione quasi esclusiva del dibattito teorico sul primo dei due caratteri anzidetti: è chiaro che chi desidera attaccare (ovvero sostenere) la configurazione della natura della teoria giuridica proposta da Hart avrà maggior convenienza a demolire (ovvero a corroborare) innanzitutto l’elemento descrittivo, la cui “capitolazione” trascina inevitabilmente con sé quella dell’altro carattere.

⁽²²⁾ M. JORI, *L’ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata*, in *Ragion Pratica*, n. cit., p. 418.

⁽²³⁾ *Ibidem*.

siasi responsabilità morale per i concetti di cui si fa latore, sono solamente alcune delle questioni discusse nell'ambito del dibattito teorico più recente, sviluppatosi per gran parte dopo la pubblicazione del *Postscript*. Non si entrerà nel merito di tali e di simili discussioni, ma si andrà piuttosto a delineare assai schematicamente i caratteri della teoria giuridica del più celebre critico di Hart, critico in risposta al quale l'Autore di *The Concept of Law* scrisse la sola parte del *Poscritto* che la sua salute gli permise di portare a termine.

II. LA NATURA DELLA TEORIA GIURIDICA DWORKINIANA

Come si è detto, Hart affronta per la prima volta in modo analitico il tema della propria teoria giuridica all'interno del *Postscript*, alla luce delle obiezioni avanzate dall'opposta teoria dworkiniana. Da ciò emerge che per l'Autore inglese la propria teoria può essere oggetto di una proficua analisi solamente in quanto contrapposta ad altre teorie, e che egli vede in quella di Dworkin una costruzione metodologica affatto contrapposta alla sua, un progetto dalle caratteristiche e dagli esiti opposti a quelli del proprio ⁽²⁴⁾.

La scelta di porsi in netta contrapposizione rispetto al pensiero di Hart è compiuta da Dworkin, invero inizialmente più a parole che a fatti, sin dai suoi primi scritti, posti a cavallo fra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso. Nei suoi lavori più risalenti (dai primi saggi alla raccolta *Taking Rights Seriously*, pubblicata nel 1977), il filosofo statunitense procede sì ad una critica sistematica e diffusa del positivismo giuridico in genere, utilizzandone la versione hartiana come dichiarato bersaglio critico; ma è evidente che – come si dirà più ampiamente a proposito della ricostruzione, operata da Hart nel *Poscritto*, dell'evoluzione cronologica del pensiero di Dworkin – in tali scritti le critiche al positivismo hartiano, cui il pensiero di Dworkin è ancora sostanzialmente ancorato, sono principalmente volte ad elaborarne dei correttivi, integrandolo piuttosto che decretandone il definitivo superamento. Un vera e propria contrapposizione, peraltro assai marcata, tra la teoria del filosofo americano e quella del suo maestro è osservabile solo a partire da *Law's Empire*, l'opera della maturità di Dworkin: in essa egli perviene alla compiuta elaborazione di una teoria giuridica nuova ed originale, nella quale è più che evidente il distacco, netto e definitivo, del suo ideatore dal giuspositivismo.

Come detto nel paragrafo precedente, la teoria hartiana ruota intorno alla tesi, secondo la quale è possibile, utile ed assai auspicabile tener ben distinto il diritto dalla morale – facendo peraltro attenzione a riconoscere e a separare, in particolar modo nei discorsi giuridici, le descrizioni dalle valutazioni –; questa tesi, risalente al pensiero di Jeremy Bentham, è a sua volta fondata, per dirla in breve, sui convincimenti che non vi sia alcuna connessione davvero necessaria fra diritto e morale, e che l'individuazione del diritto dipenda da determinati fatti sociali ⁽²⁵⁾. Dworkin rifiuta entrambe queste assunzioni, escludendo quindi *ab origine* la possibilità che la propria teoria del diritto possa dirsi descrittiva nel senso hartiano di avalutativa, di moralmente neutrale. La valutatività della teoria dworkiniana è un dato costante nell'evoluzione del pensiero del filosofo americano, una costante rilevabile tanto nei suoi scritti più risalenti quanto in quelli più recenti.

Peraltro, il graduale abbandono, o – per meglio dire – la messa in secondo piano della polemica col positivismo giuridico, permette a Dworkin di delineare in *Law's Empire* una teoria del

⁽²⁴⁾ Nel *Postscript*, Hart, iniziando ad esporre i tratti salienti della teoria dworkiniana, afferma la propria essere il «frutto di una operazione radicalmente differente dalla concezione di Dworkin della teoria giuridica» (H. L. A. HART, op. cit., p. 310).

⁽²⁵⁾ Si tratta rispettivamente delle cosiddette *separability thesis* e *social thesis*.

diritto organica ed articolata, da egli stesso definita “diritto come interpretazione”⁽²⁶⁾: il diritto non è tanto un mero sistema di regole, o – alternativamente – il semplice insieme delle decisioni dei giudici, bensì «una pratica sociale che ruota intorno ad alcuni principi e valori [...] condivisi dai partecipanti»⁽²⁷⁾. Le leggi e le decisioni passate non esauriscono quindi il diritto, il quale si auto-alimenta attraverso l’interpretazione creativa dei “documenti legislativi” precedenti: «propositions of law [...] are interpretive of legal history, which combines elements of both description and evaluation»⁽²⁸⁾. Di conseguenza il diritto, secondo Dworkin, «non può essere descritto in modo avalutativo, come se si trattasse di un mero dato di fatto, ma soltanto attraverso una previa attività di tipo interpretativo»⁽²⁹⁾: la teoria giuridica deve adottare un approccio interpretativo nei confronti del proprio oggetto di studio, approccio che si articola secondo uno schema ben preciso, prendendo le mosse dalla prassi giuridica di un dato ordinamento, procedendo ad individuare i principî ed i valori che, in quell’ordinamento giuridico, informano e guidano la prassi stessa, per giungere infine a giustificarla e ad elaborarla in modo creativo⁽³⁰⁾.

Questo partire dalla dimensione “locale”, dalla realtà più prossima allo studioso, è un aspetto che il percorso dworkiniano condivide con quello hartiano: può dirsi, in altri termini, che i due filosofi muovano pressoché dal medesimo punto; gli sviluppi, tuttavia, portano ad esiti affatto opposti. Secondo Hart, come si è visto, il teorico del diritto deve limitarsi ad osservare con occhi neutrali, con un atteggiamento puramente descrittivo la propria realtà giuridica, onde elaborare per astrazione gli “strumenti conoscitivi” necessari ad esplorare realtà le più distanti e diverse. Per Dworkin, invece, il compito dello studioso del diritto «è per molti versi analogo a quello di un critico letterario che, per esprimere un giudizio su un romanzo, deve pregiudizialmente individuare la chiave di lettura che, a suo parere, è la migliore possibile»⁽³¹⁾: il teorico, sin dai primi passi del suo cammino conoscitivo, deve non già munirsi di una collezione di concetti astratti e moralmente neutrali, bensì compiere delle precise scelte di carattere interpretativo, nell’ambito di quei valori che, in un dato ordinamento, stanno alla base della pratica giuridica. In ciò consiste l’*hermeneutic approach* dworkiniano, nello «sforzarsi di comprendere il significato che la pratica giuridica riveste per coloro che partecipano ad essa»⁽³²⁾.

⁽²⁶⁾ «This answer finds the nerve of law not in past official decisions but in the process of interpretation of past decisions» (R. DWORKIN, *Law’s Empire*, London, Fontana Press, 1986, p. 466).

⁽²⁷⁾ A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un’introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 53-54. Sarà bene, onde evitare pericolosi fraintendimenti, sottolineare sin d’ora la natura di tali principî. Essi non hanno natura trascendente, né sono entità meramente astratte, bensì nascono concretamente dal confronto e dalla discussione interni ad una determinata comunità: «[c]iascuno accetta i principi che si discostano dai suoi non come se si trattasse di un compromesso necessario per far parte della comunità, ma perché è consapevole del fatto che le proprie ragioni sono state prese in considerazione così come quelle di tutti gli altri» (ID., *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 9).

⁽²⁸⁾ R. DWORKIN, op. cit., p. 251.

⁽²⁹⁾ A. SCHIAVELLO, *Il positivismo*, cit., p. 54.

⁽³⁰⁾ Vittorio Villa ritiene addirittura inappropriato parlare di “teoria” in merito all’elaborazione di Dworkin, «sbilanciata com’è in direzione di *attività pratiche* che finiscono per sopraffare la dimensione genuinamente teorica» (V. VILLA, *Teorie giuridiche «descrittive» e teorie giuridiche «normative» nel «Postscript» di Hart*, in *Ragion Pratica*, n. cit., p. 476, corsivo originale), proponendo «di sostituire la locuzione “teoria” con la locuzione “dottrina”, più adatta a connotare costruzioni in cui l’intervento valutativo ha finalità completamente diverse da quelle di carattere conoscitivo» (*ibidem*).

⁽³¹⁾ A. SCHIAVELLO, op. ult. cit., p. 64. Un’ampia analisi dei collegamenti e delle similitudini esistenti fra interpretazione giuridica ed interpretazione letteraria è svolta da Dworkin nel saggio *How Law Is Like Literature* del 1982, ricompreso in *A Matter of Principle* (1985).

⁽³²⁾ *Ibidem*.

È evidente, a questo punto, come anche il requisito della generalità sia del tutto assente nella teoria di Dworkin, teoria in cui la prospettiva dello studioso non è oggettiva, neutrale e distaccata, bensì interna al fenomeno analizzato e assai vicina a quella del giudice. La teoria dworkiniana stessa, del resto, rifiuta consapevolmente di fornire un approccio universalmente valido, sulla base dell'assunto che una costruzione asettica, meramente descrittiva, non compromessa coi valori di fondo di un particolare ordinamento, non possa portare che ad esiti conoscitivi di scarsa utilità e assai difficilmente apprezzabili. Per Dworkin, «[l]a validità di una norma è totalmente correlata al sistema giuridico al quale appartiene»⁽³³⁾; conseguentemente, «la scoperta di ciò che è diritto è una questione empirica e non una questione di ragionamento *a priori*»⁽³⁴⁾. La teoria dworkiniana, nonostante abbia stimolate e ancora eccitate numerose, interessanti riflessioni sul diritto *in generale*, è interamente costruita a partire dall'esperienza giuridica nordamericana e di tale realtà si occupa in modo pressoché esclusivo⁽³⁵⁾: la non-generalità della costruzione di Dworkin, più che costituirne un difetto, è il risultato di una ben precisa opzione teorica.

La teoria del filosofo statunitense è dunque, contrariamente a quella di Hart, «valutativa e giustificatoria»⁽³⁶⁾, e particolare. È valutativa perché è funzionale ad operazioni interpretative consistenti nell'individuazione dei valori e dei principi che meglio si adattano e che più sono coerenti col diritto e con la pratica giuridica di un determinato ordinamento; è giustificatoria, poiché provvede a spiegarli, a sostenerne la bontà e a corroborarli, fornendo un'immagine di quello stesso diritto – per utilizzare un'espressione dworkiniana – “nella sua luce migliore”⁽³⁷⁾. È nondimeno particolare, in quanto capace di render conto appieno della sola realtà giuridica di *common law* e, in particolar modo, di quella nordamericana.

La fondamentale ragione di opportunità, che spinge Dworkin a «preferire una prospettiva assai compromessa con la pratica ed i valori di un ordinamento giuridico – qual è normalmente considerata quella interna – piuttosto che optare per una posizione maggiormente distaccata, usualmente ritenuta più consona allo studioso del diritto»⁽³⁸⁾, attiene alla natura della sua teoria dell'interpretazione, l'analisi della quale esula dall'ambito d'interesse della presente trattazione (e sulla quale si tornerà comunque in seguito). Di tale ragione, nondimeno, si è schematicamente cercato di dar conto: essa nasce dalla convinzione, comune ad Hart, che il diritto sia un fenomeno sociale; un fenomeno che, tuttavia, secondo Dworkin, «si distingue da altri fenomeni sociali per la sua natura interpretativa»⁽³⁹⁾, natura ad esso intrinseca, della quale sarebbe impossibile dar conto attraverso lo sguardo esterno, avalutativo, non moralmente compromesso, che Hart adotta e che il filosofo americano rigetta. Delle considerazioni svolte dall'ultimo Hart sulla possibilità di «scartare la teoria del diritto generale e descrittiva come fuorviata o nel migliore dei casi come semplicemente inutile»⁽⁴⁰⁾ ci si occuperà nei prossimi paragrafi.

⁽³³⁾ J. L. MACKIE, *La terza teoria del diritto* (1977), traduzione italiana di V. Velluzzi, in A. Schiavello, V. Velluzzi, (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 249.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ «Interpretive theories are by their nature addressed to a particular legal culture, generally the culture to which their authors belong. Unless these theories are deeply sceptical, they will treat that legal system as a flourishing example of law, one that calls for and rewards the interpretive attitude» (R. DWORKIN, op. cit., p. 102).

⁽³⁶⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 310.

⁽³⁷⁾ L'interpretazione, per Dworkin, «[...] is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong» (R. DWORKIN, op. cit., p. 52).

⁽³⁸⁾ A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità*, cit., p. 98.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 311.

III. SUL VALORE DELLE CRITICHE A *THE CONCEPT OF LAW*. FRECCIATE

Come anticipato, il *Postscript* a *The Concept of Law* è in realtà soltanto la prima delle due sezioni di un più ampio progetto, alla cui realizzazione Hart stava ancora lavorando al momento della sua morte, avvenuta nel 1992. L'originaria intenzione dell'Autore era, infatti, quella di realizzare «una generale risposta comprensiva»⁽⁴¹⁾ di tutte le sue repliche a molte delle obiezioni avanzate alla sua opera sin dalla prima pubblicazione di questa (risalente al 1961). Una risposta di ampie dimensioni, dunque, ancorché puntuale e circostanziata nel contenuto, sentita da Hart come necessaria dopo un silenzio quasi totale durato molti anni, in cui egli aveva preferito replicare solamente «con qualche colpo ai tiri d'arco di alcuni»⁽⁴²⁾ suoi critici, nonché «vigilare e imparare da un continuo e istruttivo dibattito»⁽⁴³⁾ piuttosto che intervenire con assiduità.

Hart, da un lato, prende atto della fortuna di *The Concept of Law*, scritto «avendo in mente quali lettori gli studenti universitari inglesi»⁽⁴⁴⁾, ma diffusosi ben al di là dei confini di tale pubblico, dando vita ad una vastissima letteratura di commenti e critiche, tanto nel mondo anglosassone quanto nei molti altri paesi in cui ne furono pubblicate delle traduzioni. D'altro canto, l'Autore prende pure atto – in modo velato quanto inesorabile –, in due passaggi dell'*Introduzione* al *Poscritto*, della qualità non sempre apprezzabile di tali critiche. «Vorrei pensare che questo libro abbia aiutato a far maturare questo sviluppo [dei temi della teoria del diritto] perfino se, tra i giuristi e i filosofi accademici, i critici delle sue principali dottrine sono stati *almeno altrettanto numerosi di coloro che si sono accostati ad esse*»⁽⁴⁵⁾: all'attento lettore non sfuggirà che la frase, oltre a dire che probabilmente non vi sono state persone che si siano accostate alle principali dottrine di *The Concept of Law* senza criticare qualche aspetto di esse, ammette (*rectius*: non nega; il che è comunque assai eloquente), col suo “almeno”, che vi siano state persone, le quali abbiano criticato alcune delle principali dottrine del libro senza mai esservi neppure accostate.

In un secondo, più ampio passaggio, che merita di essere citato per intero, Hart riserva al solo Dworkin una frecciata quasi impercettibile ma davvero sulfurea. «La prima e più ampia sezione di questo poscritto riguarda la tesi [le obiezioni] di Dworkin. Tuttavia intendo trattare in una seconda sezione le pretese di una serie di altri critici, secondo cui nell'esposizione di alcune mie tesi vi sono non solo oscurità e inaccuratezze, ma in certi punti reali incoerenze e contraddizioni. Qui devo ammettere che in un numero maggiore di casi di quanti io mi sia reso conto, i miei critici hanno avuto ragione»⁽⁴⁶⁾. Hart, in sostanza, dice che le critiche a suo avviso davvero rilevanti sono quelle discusse nella seconda, mai elaborata sezione del *Postscript*; critiche che hanno messe in luce autentiche incoerenze e contraddizioni presenti nelle teorie dell'Autore. Ben diverso è il giudizio sulle obiezioni oggetto della prima sezione, ossia su quelle di Dworkin, cui Hart non riconosce niente di più del «dubbio merito di aver approfittato di qualche oscurità o imprecisione per sollevare questioni che *non* lo inducono a cambiare idea alcuna»⁽⁴⁷⁾; le critiche di Dworkin, in altri termini, non colpiscono mai davvero nel segno e, quando non riguardano soltanto oscurità ed imprecisioni, sono infondate o incomprensibili.

⁽⁴¹⁾ Ivi, pp. 307-308.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 307. Qui Hart si riferisce esplicitamente alle proprie sporadiche repliche a Fuller e a Dworkin.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 308.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 308. Secondo Mario Jori, «[i]l brano è perfido: con esso un *long suffering* Hart implica che le critiche di R. Dworkin siano irrilevanti» (M. JORI, op. cit., p. 406).

⁽⁴⁷⁾ M. JORI, op. cit., p. 407.

Del resto, limitando la nostra attenzione al paragrafo del *Poscritto* attinente all'oggetto del presente lavoro, ossia al primo (*La natura della teoria giuridica*), Hart giunge in diversi casi a scrivere di considerare «difficile seguire i precisi motivi di Dworkin»⁽⁴⁸⁾, o di trovare «molto imbarazzanti le implicazioni delle parole» del medesimo⁽⁴⁹⁾, o di non comprendere affatto che cosa egli sostenga di preciso, arrivando addirittura ad azzardare una vera e propria interpretazione di un'espressione dworkiniana, pur di attribuirle un significato plausibile in modo tale da poter proseguire la discussione⁽⁵⁰⁾. E si tenga conto del fatto che il paragrafo in questione è generalmente ritenuto essere quello più felice dal punto di vista dworkiniano, riscontrandovisi una replica ampia e distesa alle obiezioni del filosofo americano; nel resto del *Postscript*, gli argomenti più frequentemente usati da Hart sono quello che Dworkin critica tesi da lui (Hart) mai sostenute, e quello che Dworkin critica tesi di Hart ignorandone tuttavia taluni aspetti, una debita considerazione dei quali sarebbe idonea a rendere le stesse critiche inconsistenti. Non v'è dubbio che gran parte dei presunti *misunderstandings* dworkiniani rilevati dall'autore di *The Concept of Law* siano dovuti non già ad autentica ingenuità o a scarsa perspicacia del filosofo statunitense, bensì al suo peculiare stile argomentativo, caratterizzato da un linguaggio particolarmente immaginoso, capace di rendere affascinanti ma anche piuttosto ambigui i propri discorsi, e dall'abitudine, assai spesso criticata, «di fornire descrizioni caricaturali delle idee e teorie dei suoi bersagli critici»⁽⁵¹⁾; il tutto è poi aggravato dal variare, nel corso degli anni, di alcune sue posizioni, ovvero del modo in queste sono espresse⁽⁵²⁾.

Quest'ultimo aspetto non sfugge naturalmente ad Hart, il quale, sempre nell'*Introduzione*, rileva come il “percorso critico” di Dworkin non emerga in modo lineare dalle sue opere: nel corso degli anni, negli argomenti dworkiniani «sono intervenute alcune importanti modifiche sia nel contenuto di talune osservazioni sia nella terminologia in cui sono state espresse»⁽⁵³⁾; inoltre, «[a]lcune critiche che erano rilevanti nei suoi primi saggi non compaiono nelle sue opere posteriori, anche se non sono state esplicitamente ritirate»⁽⁵⁴⁾. Si tratta, in quest'ultimo caso, di critiche che comunque, a detta dello stesso Hart, «hanno acquistato una vasta circolazione e molta

⁽⁴⁸⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 312.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 314.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*. Cfr., *infra*, § 7.

⁽⁵¹⁾ M. JORI, op. cit., p. 406. Questa opinione, ancorché piuttosto forte, metta in luce un comportamento di Dworkin piuttosto frequente: quando intende criticare una teoria altrui, egli ne fornisce innanzitutto una versione “semplificata” al lettore, con l'intento dichiarato e un poco ipocrita di facilitargliene la comprensione; dopodiché procede a criticare *quella* versione della teoria, ossia la *sua* rielaborazione schematica – e, spesso, falsata e distorta – di essa. Dworkin, in questo modo, si costruisce un bersaglio di comodo con magistrale *nonchalance*, badando bene a non “farsi capire” dal lettore: operazione, questa, che denota quantomeno scarso *fair play* tanto nei confronti del proprio “ufficiale” bersaglio critico, quanto in quelli del lettore gabbato. Ma tale comportamento, oltre ad essere assai poco onorevole, finisce per ritorcersi contro lo stesso Dworkin, il quale ne ricava solamente il dubbio merito di essere riuscito a confutare – o magari soltanto a criticare – una teoria fasulla, mutilata o addirittura manipolata; un merito ben diverso da quello che egli otterrebbe dall'uscire vincitore da un confronto ad armi pari con un bersaglio autentico e complesso.

Aldo Schiavello, dal canto suo, nota che spesso Dworkin «sorvola sulla complessità delle tesi da lui non condivise, in modo da far risaltare, per contrasto, l'attrattiva di quelle da lui elaborate» (A. SCHIAVELLO, op. ult. cit., p. 136).

⁽⁵²⁾ Jori arriva a sostenere che «in questi casi il problema [...] non è l'aver cambiato idea, ma l'aver cambiato idea pretendendo di non averlo fatto» (M. JORI, op. cit., p. 407).

⁽⁵³⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 308.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

influenza»⁽⁵⁵⁾, al punto che l'Autore ha «ritenuto opportuno di rispondere sia ad esse sia alle critiche più recenti»⁽⁵⁶⁾.

Ci si potrebbe a questo punto chiedere perché Hart abbia scelto di replicare diffusamente e analiticamente alle obiezioni di Dworkin, pur ritenendole non solo poco rilevanti, ma pure – e assai spesso – infondate; la rilevanza della loro circolazione e l'influenza sul “grande pubblico” potrebbero non essere ragioni sufficienti, nell'ottica hartiana, per procedere ad un lavoro di replica tanto dettagliato. Non è (soltanto) per tali ragioni, infatti, che il filosofo inglese ritiene tanto importante rispondere a Dworkin: Hart stesso afferma di essersi concentrato soprattutto sulle critiche dworkiniane alla propria teoria non solo perché lo stesso Dworkin «ha sostenuto che pressoché tutte le tesi caratteristiche di questo libro sono radicalmente errate, ma anche perché ha posto in questione l'intera concezione della teoria giuridica e di ciò che essa dovrebbe fare, che è implicita in questo libro»⁽⁵⁷⁾. Dworkin sembra quindi meritarsi un'intera sezione dell'originario progetto hartiano del *Poscritto* per il fatto di essere stato l'unico a sostenere la totale inadeguatezza non solo di tutte le tesi esplicitamente esposte e sostenute in *The Concept of Law*, ma anche dell'aspetto implicito della natura della teoria giuridica hartiana; aspetto del quale si occupa in modo esclusivo, come già detto, il primo paragrafo del *Postscript*, paragrafo la cui analisi è giunto il momento d'iniziare.

IV. LA NATURA DELLA TEORIA GIURIDICA. L'EVOLUZIONE TEORICA DI DWORKIN

Prima di procedere a porre a confronto le posizioni sua e di Dworkin, Hart si preoccupa d'illustrarle separatamente, in modo conciso ed assai efficace: la schematica esposizione della teoria giuridica dell'Autore prima e di quella dworkiniana poi è incentrata sulla contrapposizione, più sopra esposta, tra i caratteri generale e descrittivo dell'una, e quelli valutativo-giustificatorio e (culturalmente) particolare dell'altra. Tuttavia, mentre la concezione hartiana della teoria giuridica è rimasta sostanzialmente inalterata nel tempo intercorrente fra la prima pubblicazione di *The Concept of Law* ed il *Poscritto*, quella di Dworkin si è evoluta negli anni fra *Taking Rights Seriously* (1977), sua prima opera importante, e la più matura *Law's Empire* (1986); per questa ragione Hart ritiene opportuno riassumere tale evoluzione, sviluppatasi essenzialmente a partire dal ruolo dei principî nella teoria dworkiniana.

Come si è detto *supra* – e come lo stesso Hart afferma, nell'offerirne un sunto –, quest'ultima è da un lato valutativa, in quanto funzionale ad operazioni interpretative consistenti nell'individuazione dei principî che meglio si adattano e che più sono coerenti col diritto e con la pratica giuridico-sociale di un determinato ordinamento, e dall'altro giustificatoria, poiché provvede a spiegare tali principî e a sostenerne la bontà, mostrando il diritto di quell'ordinamento “nella sua luce migliore”. Ebbene – spiega Hart – «[s]econdo Dworkin i principî così identificati non soltanto sono parti di una teoria del diritto, ma sono anche parti implicite del diritto stesso»⁽⁵⁸⁾: l'affermazione si riferisce al concetto dworkiniano di *law as interpretation*, ossia all'idea del diritto come pratica sociale di natura interpretativa e non come mero insieme di regole. Si tratta della versione più recente (espressa compiutamente in *Law's Empire*) della teoria di Dworkin, teoria contrapposta dal suo stesso ideatore a quelle che egli definisce le “teorie semantiche del diritto”, le quali «presuppongono che non vi possa essere alcun contrasto circa i criteri che

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁸⁾ *Ivi*, p. 310.

giuristi e giudici debbono seguire per decidere della verità o falsità delle proposizioni giuridiche»⁽⁵⁹⁾.

L'Autore del *Postscript* sa bene che il concetto di *law as interpretation* è un approdo relativamente recente del pensiero di Dworkin, sviluppato attraverso una matura elaborazione del ruolo dei principî, tema di cui il filosofo statunitense si era occupato a partire dai suoi primi saggi, alcuni dei quali fanno parte della raccolta *Taking Rights Seriously*. Proprio a quest'ultima opera Hart effettua un rapido richiamo: «[n]ella sua opera precedente tali principî erano stati designati semplicemente come “la teoria più valida del diritto”, ma nella sua ultima opera, *Law's Empire*, egli caratterizza questi principî e le particolari affermazioni giuridiche che ne derivano come diritto in “senso interpretativo”»⁽⁶⁰⁾. Hart desidera che il lettore si renda conto dell'evoluzione del ruolo dei principî nel pensiero di Dworkin: in un primo momento (ossia all'epoca dei saggi *Model of Rules I* e *Model of Rules II*, rispettivamente del 1967 e del 1972, entrambi ricompresi in *Taking Rights Seriously*), tale ruolo era quello di fungere da correttivo al positivismo hartiano, integrandolo piuttosto che decretandone il definitivo superamento⁽⁶¹⁾; con *Law's Empire*, invece, i principî condivisi nell'ambito di una comunità di diritto diventano lo strumento principale dell'interpretazione, volta a collegare fra loro i varî valori di riferimento che giustificano la prassi giuridica di tale comunità, al fine di «dare un senso alla pratica»⁽⁶²⁾.

In quest'ultima fase, compiuta e matura, della teoria di Dworkin, l'attività interpretativa si svolge in modo tutt'altro che confuso e irrazionale, essendo rigorosamente suddivisa in tre momenti – peraltro inscindibili da chi desideri giungere ad un risultato, secondo Dworkin, utile ed apprezzabile –, il succedersi dei quali può essere schematizzato come segue⁽⁶³⁾. Nella prima fase (definita “pre-interpretativa”), l'interprete individua il punto di partenza della propria attività – un aspetto della pratica sociale – in modo pressoché automatico: l'automatismo deriva dal fatto che tale punto di partenza è costituito da un caso paradigmatico, da un comportamento tipico, circa l'individuazione del quale è presente – in *quella* comunità, beninteso⁽⁶⁴⁾ – un diffuso con-

⁽⁵⁹⁾ A. SCHIAVELLO, op. ult. cit., p. 118. Dworkin sostiene infatti che queste teorie affermano «that lawyers follow common rules – I shall call these semantic rules – which stipulate necessary and sufficient factual conditions for the truth of any particular proposition of law» (R. DWORKIN, op. cit., p. 10); tali teorie presuppongono che «lawyers and judges use mainly the same criteria (though these are hidden and unrecognized) in deciding when propositions of law are true or false» (ivi, p. 33).

Fra le teorie semantiche il filosofo americano annovera la *plain-fact theory*, secondo la quale «[t]he law is only a matter of what legal institutions, like legislatures and city councils and courts, have decided in the past» (ivi, p. 7); egli attribuisce questa tesi al positivismo di Hart, il quale risponde ad una siffatta ricostruzione del proprio pensiero nel secondo paragrafo del *Postscript* (*La natura del positivismo giuridico*), di cui il presente lavoro non si occupa.

⁽⁶⁰⁾ H. L. A. HART, op. cit., pp. 310-311.

⁽⁶¹⁾ Nel saggio *Model of Rules I*, Dworkin considera come una mera possibilità la costruzione di «un modello più adeguato alla complessità e sofisticatezza delle nostre pratiche» (R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, traduzione italiana di A. Schiavello, in A. Schiavello, V. Velluzzi, (a cura di), op. cit., p. 203), costruzione cui osta la necessità di risolvere molti problemi e di rispondere a domande, le quali, ancorché esse stesse «più promettenti di quanto non lo sia il positivismo» (*ibidem*), erano, nel 1967, ancora troppo numerose.

⁽⁶²⁾ A. SCHIAVELLO, op. ult. cit., p. 120.

⁽⁶³⁾ È opportuno riassumere brevemente l'articolazione interna dell'interpretazione dworkiniana non solo perché Hart parla espressamente nel *Poscritto* di un preciso momento di questa, ma anche perché la schematizzazione tornerà utile in seguito.

⁽⁶⁴⁾ «I do not mean that all lawyers everywhere and always must agree on exactly which practices should count as practices of law, but only that the lawyers of any culture where the interpretative attitude succeeds must largely agree at any one time. We all enter the history of an interpretative practice at a particular point; the necessary pre-interpretative agreement is in that way contingent and local» (R. DWORKIN, *Law's Empire* cit., p. 91).

senso ⁽⁶⁵⁾). Nella seconda fase (“interpretativa”), l’interprete osserva con occhio indagatore l’usanza poco prima individuata, ed inizia a fornirne parziali giustificazioni: egli va oltre un’accezione meramente passiva del dato pre-interpretativo, cominciando a prenderne maggiormente coscienza, chiedendosi quali siano i principî ed i valori ad esso sottesi. Per far questo, l’interprete deve mescolarsi fra i partecipi e – per usare un’espressione hartiana – far proprie le ragioni della loro accettazione del diritto. La terza fase (“post-interpretativa”) è quella in cui l’interprete giunge a mostrare l’oggetto della propria operazione *in its best light*, ossia a fornirne le migliori presentazione e giustificazione possibili non senza intervenire su di esso, anzi rielaborando creativamente la prassi e conducendola a nuovi approdi ⁽⁶⁶⁾: è questa la fase del primato dell’interprete sull’oggetto dell’interpretazione.

Hart ricorda esplicitamente, quale recente approdo del pensiero di Dworkin, solo il primo momento del suddetto modello, ossia quello dell’individuazione della prassi da porre ad oggetto dell’interpretazione: come il filosofo inglese illustra perfettamente, «[I]e prassi giuridiche o i paradigmi del diritto che una simile teoria interpretativa deve interpretare, sono qualificate da Dworkin come “pre-interpretative”, e si ritiene che uno studioso non dovrebbe avere nessuna difficoltà e nessun compito teoretico da eseguire nell’identificare tali dati pre-interpretativi, poiché essi sono stabiliti come oggetto del generale consenso dei giuristi di particolari ordinamenti giuridici». È probabile che Hart abbia deciso di citare solamente la fase pre-interpretativa della teoria dell’interpretazione dworkiniana – e non di ripercorrerne invece tutte le tappe – poiché è da tale prima fase che l’elaborazione teorica di Dworkin prende avvio; ed è in tale fase che vengono gettate le fondamenta per la costruzione di una teoria radicalmente diversa da quella hartiana.

A. (Segue.) Una pretesa inammissibile. Descrizione vs. accettazione

Ci si potrebbe attendere che, concluso il riepilogo sull’evoluzione del pensiero di Dworkin, Hart proceda immediatamente a difendere la sua posizione dalle obiezioni avanzate dal suo più strenuo e radicale oppositore; ma ciò non accade. Al contrario, Hart esordisce scrivendo candidamente quanto segue: «[n]on è ovvio perché vi debbano o vi possano essere contrasti significativi tra operazioni così differenti come la mia concezione della teoria del diritto e quella di Dworkin» ⁽⁶⁷⁾. Un’affermazione siffatta, ad una prima lettura, non può non meravigliare, essendo effettivamente assai numerose le ragioni di forte ed aspro contrasto tra le due, non facilmente conciliabili teorie: come può Hart sostenere che le divergenze non siano ovvie e che le due teorie possano andar d’accordo fra loro? Ad una più approfondita riflessione, tuttavia, si giunge ad intuire che Hart, probabilmente, non intende affatto sostenere questo. Egli si chiede piuttosto: perché dovrebbero esservi contrasti significativi fra le due teorie, trattandosi di costruzioni affatto diverse ed inconciliabili? L’Autore, in sostanza, sembra ritenere le due teorie diverse a tal punto da poter tranquillamente convivere: non si tratterebbe di compiere una scelta alternativa tra di esse, essendo opposte le rispettive vocazioni e funzioni.

Il filosofo prosegue: «[t]utto ciò che egli [Dworkin] scrive [...] riveste grande interesse e importanza come contributo a una giurisprudenza valutativa giustificativa, e non è mia intenzione

⁽⁶⁵⁾ Dworkin, ad esempio, cita l’usanza, assai diffusa presso la comunità di Cortesia, di levarsi il cappello dinanzi alle signore (R. DWORKIN, op. ult. cit., p. 65).

⁽⁶⁶⁾ Dworkin immagina lo studioso della comunità di Cortesia affermare, in quest’ultima fase, che sarebbe opportuno estendere l’usanza di levarsi il cappello, dati i valori ad essa sottesi, anche al caso in cui ci si trovi dinanzi ad un reduce di guerra, il quale ha lottato a rischio della propria vita per difendere la libertà della comunità (ivi, p. 68).

⁽⁶⁷⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 311.

discutere la sua elaborazione di queste idee interpretative, eccetto in quanto egli pretende che la teoria giuridica positivista così come presentata in questo libro possa essere riformulata in modo illuminante come una simile teoria interpretativa»⁽⁶⁸⁾. Hart rileva l'assoluta diversità delle idee di Dworkin rispetto alle sue e offre all'americano un «ramoscello d'olivo di una pacifica divisione dei compiti»⁽⁶⁹⁾, dichiarandosi non intenzionato a discutere nel merito le sue tesi. Il proposito di non prenderle in considerazione non è peraltro incondizionato, non intendendo l'Autore restare comunque inerte anche di fronte alla pretesa dworkiniana di riformulare in senso interpretativo la sua teoria, concepita sin dal momento genetico come descrittiva e generale: «[q]uest'ultima pretesa è a mio avviso errata e nella parte che segue presento le mie ragioni per obiettare nei confronti di qualsiasi versione interpretativa della mia teoria»⁽⁷⁰⁾. Anche se, subito dopo, Hart afferma comunque risultargli piuttosto arduo «seguire i precisi motivi di Dworkin per rigettare la teoria giuridica descrittiva»⁽⁷¹⁾.

Ad ogni modo, l'obiezione centrale, che il filosofo inglese riesce ad identificare nel discorso teorico dworkiniano, alla propria concezione della natura della teoria giuridica verte su uno dei punti storicamente più controversi del pensiero hartiano e della filosofia del diritto in genere, ossia sulla distinzione tra i punti di vista esterno ed interno attraverso i quali osservare un ordinamento giuridico. Il principale rilievo che Dworkin rivolge alla teoria hartiana consiste nel fatto che, per essere giuridicamente valida, «la teoria giuridica deve tenere conto della prospettiva interna riguardante il diritto, che è il punto di vista di un membro interno, partecipe, di un ordinamento; [...] nessuna presentazione adeguata di questa prospettiva interna può essere offerta da una teoria descrittiva il cui punto di vista [...] è quello di [...] un osservatore esterno»⁽⁷²⁾. Basterà ricordare quanto detto a proposito delle tre fasi dell'attività interpretativa e della loro sostanziale unitarietà⁽⁷³⁾, per comprendere come Dworkin ripudi in tutto e per tutto l'idea di una teoria avalutativa elaborata da un teorico che non sia allo stesso tempo un interprete in senso dworkiniano, ossia un filosofo le cui scelte, le cui inclinazioni personali, il cui *background* culturale permeano ciascuna delle tre fasi dell'interpretazione.

Dal momento in cui egli sceglie l'oggetto della sua indagine, l'interprete dworkiniano si pone accanto ad esso senza distacco, senza timore di compromettere la propria terzietà: anzi, egli desidera scavalcare ogni muro che lo separa dalla piena comprensione della prassi che analizza; egli anela a scoprire in tutta la sua complessità l'intrico di valori e di principî a tale prassi sotteso; egli brama partecipare pienamente di essa, giacché solo partecipando dell'oggetto della sua analisi può giungere alla fase post-interpretativa, al momento di elaborazione creativa, di sviluppo in senso normativo dell'oggetto stesso. È evidente la distanza di una simile concezione dell'attività del teorico da quella prospettata e propugnata da Hart, per il quale è assolutamente inammissibile che lo studioso possa partecipare dell'oggetto della sua indagine: un simile atteggiamento comprometterebbe irrimediabilmente e *ab origine* l'apprezzabilità e la validità del risultato teorico di un'operazione così condotta, risultato indelebilmente macchiato dal "peccato originale" della valutatività.

Hart è tuttavia ben consapevole del fatto che le strade percorribili non sono solamente due – quella dworkiniana dell'interprete-partecipe (approssimativamente corrispondente all'*internal*

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁹⁾ M. JORI, op. cit., p. 418.

⁽⁷⁰⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 311.

⁽⁷¹⁾ *Ivi*, p. 312.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*.

⁽⁷³⁾ Cfr., *supra*, § 4.

point of view di cui parla lo stesso Hart) e quella (che potremmo chiamare “descrittiva-esterna”, corrispondente all’*external point of view* hartiano) dell’interprete timoroso, “osservatore a distanza” della prassi giuridica –; entrambe queste strade conducono, secondo il filosofo inglese, a risultati inadeguati, in quanto valutativi e non generali in un caso, e assai poco interessanti e dettagliati nell’altro. La “terza via” di Hart, che possiamo chiamare “descrittiva-interna”⁽⁷⁴⁾, è quella di un teorico che osserva da vicino la prassi senza troppi timori, “mettendosi nei panni” dei partecipanti: il suo compito è quello di *descrivere* non soltanto la prassi, ma pure quei valori e principî che stanno alla base della sua accettazione da parte dei partecipi, valori e principî che invece l’interprete *à la Dworkin* non esita a far proprî⁽⁷⁵⁾. La terza via hartiana garantisce risultati autenticamente descrittivi, giacché il semplice *prendere in considerazione l’internal point of view* dei partecipanti è cosa ben diversa dall’*adottare un internal point of view: osservare un partecipe* ed i suoi valori non significa *farsi partecipe*, né accettare i suoi valori.

Spiega Hart: «non vi è nulla nel progetto di una giurisprudenza [*jurisprudence*] descrittiva come esemplificata nel mio libro, che possa impedire a un osservatore esterno non partecipe di descrivere i modi in cui le persone partecipi considerano il diritto da un [...] punto di vista interno»⁽⁷⁶⁾. L’Autore prosegue ricordando come egli stesso, teorico general-descrittivo, abbia avuto modo di parlare diffusamente nel suo libro del fenomeno dell’accettazione del diritto da parte dei membri di un ordinamento come guida delle proprie condotte e modello cui parametrare le condotte altrui (cioè come parametro di critica): trattasi del ben noto atteggiamento critico-riflessivo, ossia dell’aspetto interno della teorizzazione hartiana della norma giuridica. Non v’è dubbio circa il fatto che adottare tale atteggiamento significhi assumere un punto di vista interno; ma per descriverlo soltanto, come fa Hart, è sufficiente mantenere un punto di vista esterno, qual è l’*hermeneutic point of view* hartiano⁽⁷⁷⁾. È affatto naturale, per l’Autore, che un teorico, pur non condividendo l’accettazione in quanto tale – e *non dovendo* condividerla, in quanto teorico –, possa e debba descrivere l’accettazione medesima, come il filosofo inglese ha fatto nel proprio libro. La distinzione appare chiarissima ad Hart, il quale non esita peraltro a svilupparla e a spiegarla più diffusamente: «[è] vero che [...] il giurista teorico descrittivo deve *capire* che cosa significa adottare il punto di vista interno e, in questo senso limitato, deve essere in grado di porre se stesso al posto del membro interno; ma ciò non significa accettare il diritto o condividere o approvare il punto di vista interno [...], o in qualsiasi altro modo rinunciare al proprio atteggiamento descrittivo»⁽⁷⁸⁾.

Hart rileva come Dworkin, nel criticare (*rectius*: nello scartare) la teoria giuridica del maestro, sembri non prendere nemmeno in considerazione quella che quest’ultimo chiama «l’ovvia possibilità di un osservatore esterno che, nel suo modo di operare descrittivo, tiene conto del punto di vista interno di un partecipe dell’ordinamento»⁽⁷⁹⁾. L’apparente miopia di Dworkin non

⁽⁷⁴⁾ Hart definisce questa prospettiva “*hermeneutic point of view*” nei suoi *Essays in Jurisprudence and Philosophy*.

⁽⁷⁵⁾ Villa rileva come un punto di contatto fra Hart e Dworkin sia la definizione degli atteggiamenti descrittivo e normativo, caratterizzati da entrambi i filosofi nello stesso modo: «per entrambi *assumere un atteggiamento descrittivo* significa proporsi l’obiettivo di “prendere atto delle pratiche giuridiche [...]”, mentre *assumere un atteggiamento normativo* vuol dire proporsi l’obiettivo di “prendere posizione sulle pratiche giuridiche, a fini di giustificazione”» (V. VILLA, op. cit., p. 465, corsivi originali).

⁽⁷⁶⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 312.

⁽⁷⁷⁾ A ben vedere, nell’ottica di Hart, mantenere un punto di vista esterno non solo è sufficiente (nel senso che non è necessario spingersi al punto di *farsi partecipi*), ma è anche una condizione *necessaria* per giungere all’elaborazione di un’autentica descrizione del fenomeno dell’accettazione del diritto.

⁽⁷⁸⁾ Ivi, p. 313.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*.

può spiegarsi che in base alla circostanza che «egli identifica la giurisprudenza [*jurisprudence*] come “la parte generale del giudizio”»⁽⁸⁰⁾. Quest’ultima considerazione è piuttosto interessante, in quanto colloca la teoria dworkiniana interpretativa in un luogo diverso da quello in cui si trova la teoria di Hart: la teoria del diritto di Dworkin, essendo «una sorta di prosecuzione a un livello più alto delle attività normative di legislatori e giudici»⁽⁸¹⁾, ossia un’operazione analoga a quelle degli operatori pratici del diritto benché caratterizzata da un maggior grado di astrazione, è «essa stessa parte di un ordinamento giuridico visto dal punto di vista interno dei suoi partecipanti»⁽⁸²⁾. Le teorie general-descrittive come quella hartiana osservano, nel loro momento genetico (quello dell’osservazione avalutativa) e in seguito, una regola ben precisa, cioè quella che prescrive al teorico di non far proprie le ragioni dell’accettazione del diritto; per questo motivo, tali teorie si collocano al di fuori dell’ambiente, del mondo in cui “vive” l’oggetto della loro analisi. Esse sono vere e proprie costruzioni meta-teoriche, trasversali agli universi giuridici analizzati e pertanto autenticamente *generalis*. Le teorie *à la* Dworkin, al contrario, sono fondate sull’osservanza di una regola opposta, ossia quella che contraddistingue la seconda fase dell’attività interpretativa dworkiniana: il teorico deve far propri i valori e i principi posti alla base dell’accettazione del diritto nell’ambito di *quella* determinata comunità. Pertanto le teorie interpretative dworkiniane nascono in seno al contesto che studiano e lì sono destinate a restare per sempre: piuttosto che strumenti meta-teorici, esse sono interpretazioni; più che chiavi di lettura, sono... letture.

B. (*Segue.*) Sull’accettazione “in senso forte”

Occorre a questo punto rilevare, nonostante questa non sia la sede per una compiuta disamina di tale questione, come la caratterizzazione del sopra citato atteggiamento critico-riflessivo sia storicamente ritenuta costituire uno degli aspetti più deboli di *The Concept of Law* e dell’intero positivismo hartiano. Secondo Hart, «le ragioni che giustificano l’adozione di una norma come guida per la condotta non sono necessariamente ragioni morali»⁽⁸³⁾: egli, come è stato detto, «caratterizza l’accettazione del diritto in senso debole»⁽⁸⁴⁾. L’Autore, d’altra parte, ha un buon motivo per far ciò e per usare la massima prudenza, motivo evidente sol che si pensi al fatto che, scendendo maggiormente nel dettaglio delle ragioni alla base dell’accettazione, egli non avrebbe potuto evitare di prendere in considerazione la natura di tali ragioni; facendo ciò, si sarebbe visto costretto a soffermarsi quantomeno sulla *possibilità* che esse abbiano natura morale, con conseguenze forse non del tutto desiderabili per il suo giuspositivismo. Indulgere a un’analisi precisa e priva di reticenze del carattere intrinsecamente morale e valutativo del punto di vista interno, in-

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁸¹⁾ M. BARBERIS, op. ult. cit., p. 94.

⁽⁸²⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 313.

⁽⁸³⁾ A. SCHIAVELLO, *Il positivismo*, cit., pp. 198-194. «L’aspetto interno delle norme è spesso travisato, in quanto viene presentato come una mera questione di “sentimenti”, in contrasto con il comportamento fisico esternamente osservabile. [...] Ma tali sentimenti non sono né necessari né sufficienti per l’esistenza di norme obbligatorie. Non vi è contraddizione nel dire che la gente accetta certe norme, ma non prova questi sentimenti di obbligatorietà. Ciò che è necessario qui è che sia presente un atteggiamento critico riflessivo [...] che [...] si manifesti nella critica (compresa l’autocritica), [...] e nel riconoscimento che simili critiche [...] sono giustificate» (H. L. A. HART, op. cit., p. 69). La caratterizzazione hartiana dell’accettazione del diritto in *The Concept of Law* è troppo vaga per risultare davvero soddisfacente, e proprio per questo è stata un bersaglio critico piuttosto facile da centrare. Del resto, come subito si vedrà, Hart aveva le sue buone ragioni per evitare una illustrazione meno sfuggente del concetto di accettazione.

⁽⁸⁴⁾ A. SCHIAVELLO, op. ult. cit., p. 194.

fatti, potrebbe pregiudicare seriamente la coerenza interna del positivismo hartiano, il quale assegna la preminenza all'aspetto fattuale del diritto.

Dei critici che hanno messa in luce questa debolezza della caratterizzazione hartiana dell'*internal point of view*, il più noto è certamente Neil MacCormick, chiamato in causa dallo stesso Hart nel primo paragrafo del *Postscript*. MacCormick ha sottolineato, superando la sfuggente e insoddisfacente caratterizzazione debole dell'accettazione, che «[l']esistenza di alcune norme giuridiche anziché di altre dipende dal fatto che *almeno alcuni* tra i membri della comunità preferiscono lo schema di comportamento individuato da tali norme rispetto a schemi alternativi»⁽⁸⁵⁾. Ciò non significa negare che vi possano essere dei membri, i quali si adeguano alle norme per conformismo, pigrizia o abulia, ovvero che si ribellano ad esse rifiutandosi di osservarle; significa invece che vi debbono essere, stante l'esistenza di determinate norme, almeno alcuni membri che le accettano sulla base di ragioni morali. E il fatto «che ogni sistema giuridico riproduca [...] le convinzioni morali della maggioranza, ovvero quelle di una minoranza che abbia la capacità e la forza di imporsi sulla maggioranza»⁽⁸⁶⁾ è anzi il necessario presupposto dell'individuazione dei membri meramente conformisti e dei membri ribelli.

Le numerose istanze nel senso di una necessaria caratterizzazione “in senso forte” del concetto di accettazione del diritto, ossia come accettazione (anche) morale, non lasciano Hart del tutto indifferente. Egli sembra accogliere le conclusioni di MacCormick nel *Poscritto* in via incidentale, ribadendo comunque come una simile correzione della propria teoria non sia suscettibile di modificare in alcun modo quanto precedentemente detto circa la possibilità – e il dovere – per il teorico di limitarsi a *descrivere* l'accettazione, debole o forte che sia. «Anche se (come hanno sostenuto Neil Mac Cormick e molti altri critici) la prospettiva interna del partecipante manifestata nell'accettazione del diritto come teso a provvedere la guida del comportamento e i criteri di critica include necessariamente la convinzione che vi sono ragioni *morali* per adeguarsi alle richieste del diritto e vi è una giustificazione *morale* per l'uso della coazione da parte sua; tutto questo sarebbe qualcosa da registrare, ma non da approvare o condividere, da parte di una giurisprudenza [*jurisprudence*] descrittiva»⁽⁸⁷⁾. Si noti che non è del tutto chiaro se Hart accetti davvero di *apportare* una simile correzione alla propria teoria, o se egli si limiti a *riportare* la proposta di correzione avanzatagli solamente per dimostrare che, anche *qualora* la si volesse prendere in considerazione, essa non farebbe venir meno la netta distinzione tra descrizione e valutazione; la costruzione ipotetica del periodo poc'anzi citato, il quale esordisce con un “anche se” e si risolve con un sibillino “sarebbe”, fa propendere per la seconda ipotesi⁽⁸⁸⁾.

C. (Segue.) Una correzione insoddisfacente

L'ultima parte del primo paragrafo del *Postscript* è dedicata ad alcune affermazioni di Dworkin volte a correggere e a limitare la portata del suo rifiuto della teoria hartiana generale e descrittiva. Tali affermazioni sono contenute in un saggio successivo a *Law's Empire* dal titolo *Legal Theory and the Problem of Sense* (1987) e costituiscono una parziale accettazione di quella «pacifica divisione dei compiti»⁽⁸⁹⁾, di cui si è già parlato, che Hart aveva proposta al filosofo

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 195, corsivo aggiunto.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 196.

⁽⁸⁷⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 313, corsivi originali.

⁽⁸⁸⁾ Schiavello, invece, ritiene che la caratterizzazione in senso forte dell'accettazione sia accolta, «sia pure con prudenza» (A. SCHIAVELLO, op. ult. cit., p. 196), da Hart e che ciò rappresenti, «senza alcun dubbio, un importante passo in avanti» (ivi, p. 97).

⁽⁸⁹⁾ M. JORI, op. cit., p. 418.

statunitense già prima del *Poscritto*; accettazione che tuttavia risulta, ad un'attenta analisi, assai meno rilevante di quanto a prima vista potrebbe apparire.

In risposta al “messaggio di pace” hartiano, «per cui le tesi parzialmente valutative che Dworkin chiama “interpretative” non sono le sole tesi adatte per la [...] teoria giuridica, e per cui vi è un importante spazio per una giurisprudenza [*jurisprudence*] generale e descrittiva»⁽⁹⁰⁾, lo stesso Dworkin, nel 1987, «ha ammesso che le cose stiano così, e ha anche spiegato che le sue osservazioni come “la giurisprudenza [*jurisprudence*] è la parte generale del giudizio” necessitano di precisazioni, poiché questo, come egli ora dice, è vero soltanto “per la giurisprudenza in rapporto alla questione del significato”»⁽⁹¹⁾. Si tratta di affermazioni che potrebbero preludere ad un'importante presa di coscienza da parte di Dworkin del fatto che le teorie propria e di Hart ben potrebbero convivere e perseguire ciascuna i propri scopi, peraltro senza rilevanti interferenze. Se non altro, tali affermazioni – “importanti” e “ben accette” a detta dello stesso Hart – stanno a dimostrare la rinuncia di Dworkin al proprio “imperialismo teorico”, ossia alla pretesa – secondo Hart «stravagante»⁽⁹²⁾ – che la sola forma ammissibile, apprezzabile e condivisibile di teoria giuridica sia quella interpretativa, valutativa e particolare, ossia la propria.

Tuttavia la ritrattazione dworkiniana non è incondizionata, in quanto accompagnata da una frase sibillina e non del tutto chiara, che Hart non può certo gradire: «io trovo ancora molto imbarazzanti le implicazioni delle parole successive, ammonitrici, che Dworkin ha unito al suo rifiuto della teoria [...] imperialistica: “Ma è opportuno sottolineare quanto sia penetrante quella questione (del significato) nelle tesi che le teorie generali, come quella di Hart, hanno discusso”»⁽⁹³⁾. Il filosofo inglese confessa non essergli affatto chiara la rilevanza dell'ammonimento dworkiniano, il quale lo porta a riflettere su quali siano le tesi, da egli discusse in *The Concept of Law*, cui Dworkin potrebbe aver voluto riferirsi⁽⁹⁴⁾: tesi comprendenti questioni quali «il rapporto del diritto con le minacce coattive [...] e con le esigenze morali»⁽⁹⁵⁾.

L'ambiguità delle parole di Dworkin non può essere risolta che con uno sforzo interpretativo, compiuto il quale Hart afferma di leggere in loro il seguente significato: «nel discutere tali tesi anche il giurista teorico descrittivo si trova ad affrontare questioni riguardanti il [...] significato di proposizioni giuridiche, alle quali si può offrire una soluzione soddisfacente soltanto in base a una teoria giuridica interpretativa e parzialmente valutativa»⁽⁹⁶⁾. In sostanza, se è questo che il filosofo statunitense intende dire col suo monito, il teorico general-descrittivo alla ricerca di risposte a questioni come quelle sopra ricordate (i rapporti diritto/coazione e diritto/morale), trovandosi a dover determinare il significato di proposizioni giuridiche diverse provenienti da diversi ordinamenti, dovrebbe necessariamente farlo – onde pervenire ad “una soluzione soddisfacente” – attraverso strumenti valutativo-interpretativi. Dovrebbe, ad esempio, nel momento in cui si trovasse di fronte ad una determinata proposizione giuridica, interrogarsi in questo modo:

⁽⁹⁰⁾ H. L. A. HART, op. cit., p. 313.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*.

⁽⁹³⁾ *Ivi*, p. 314.

⁽⁹⁴⁾ Hart rimanda, a questo punto, ad una serie di questioni, alcune delle quali sono state citate nel primo paragrafo del presente lavoro, cui una teoria generale e descrittiva può dare risposta; tali interrogativi sintetizzano i principali argomenti di cui l'Autore si è occupato nel suo libro. «Si tratta di domande quali: che cosa sono le norme? In che modo differiscono le norme dalle mere abitudini e regolarità di comportamento? Vi sono tipi di norme radicalmente differenti? Come possono essere poste in rapporto tali norme? In che cosa consiste per le norme formare un ordinamento? Come possono le norme giuridiche, e l'autorità che esse hanno, essere poste in rapporto da un lato con le minacce, e dall'altro con le esigenze morali?» (*ivi*, p. 310).

⁽⁹⁵⁾ *Ivi*, p. 314.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*.

«“Quale significato si deve attribuire a questa proposizione, se essa deve derivare da[i] principi che meglio si adattano al e meglio giustificano il diritto stabilito?”»⁽⁹⁷⁾.

Stando dunque alla più plausibile lettura delle parole di Dworkin, il giurista hartiano, nell’occuparsi delle questioni più importanti e ampie della propria ricerca, potrebbe farlo validamente soltanto con strumenti... diametralmente opposti a quelli con cui è abituato ad operare! Sarebbe a dire attraverso un’interpretazione in stile dworkiniano, e con tutti gli strumenti a questa collegati (la valutazione, la giustificazione, l’elaborazione normativa *et cetera*). Si tratta di una conclusione palesemente inaccettabile per Hart, il quale rileva che «non sembrano esservi ragioni per accettare l’idea»⁽⁹⁸⁾ che il giurista, nel determinare – relativamente alle questioni sopra indicate – il significato di diverse proposizioni provenienti da ordinamenti diversi, «*debba* determinare questo ponendo la questione interpretativa e valutativa di Dworkin»⁽⁹⁹⁾. Il “nostro” giurista – afferma Hart – deve fare tutt’altro: anche qualora egli rilevasse che tutti gli operatori giuridici di tutti gli ordinamenti dei quali egli deve tener conto risolvono questioni di significato con un metodo *à la* Dworkin, ossia nel modo valutativo-interpretativo sopra esposto, «questo sarebbe qualcosa che il giurista [...] registra come *un fatto* su cui basare le sue conclusioni descrittive generali in rapporto a tali proposizioni giuridiche»⁽¹⁰⁰⁾. In altri termini, le conclusioni del teorico general-descrittivo hartiano, derivanti dalla mera *osservazione* della prassi interpretativa dei partecipanti, debbono tener conto di questa non già come metodo, ma esclusivamente come dato di fatto; e – incalza Hart – «[s]arebbe naturalmente un grave errore supporre che tali conclusioni, poiché sono state fondate in questo modo, debbano essere esse stesse interpretative e valutative, e ritenere che nel presentarle il giurista teorico è passato dal compito descrittivo a quello interpretativo e valutativo»⁽¹⁰¹⁾.

La frase con cui Hart conclude il paragrafo è secca e perentoria come uno *slogan*: «[l]a descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione»⁽¹⁰²⁾. L’Autore, insomma, ribadisce nuovamente, in modo forte e chiaro, la distinzione tra descrizione e valutazione, distinzione che, in un campo come quello della teoria giuridica, sarebbe “un grave errore” offuscare. La diversa distinzione tra teoria general-descrittiva e interpretazione, del resto, potrebbe essere vista come una proiezione di quella tra descrizione e valutazione; «l’interpretazione può e forse deve (non può non) confondere le due cose: la teoria no»⁽¹⁰³⁾, a meno di rinunciare, come fanno le costruzioni dworkiniane, ad essere un autentico strumento meta-teorico, adatto ad essere utilizzato come *passerpartout* conoscitivo per ogni tipo di realtà che si desidera analizzare; a meno di accettare, in altri termini, di *esistere soltanto al plurale*⁽¹⁰⁴⁾.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*, corsivo originale.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰²⁾ *Ivi*, p. 314.

⁽¹⁰³⁾ M. BARBERIS, *Diritto*, cit., p. 342.

⁽¹⁰⁴⁾ Non è infatti possibile utilizzare la teoria giuridica di Dworkin come una chiave universale, essendo tale teoria – come si è detto ampiamente – strettamente legata alla realtà giuridica più prossima al suo creatore.

Peraltro, come pure si è brevemente esposto, in *Law’s Empire* il filosofo elabora un modello interpretativo trifasico, allo scopo di descrivere i passaggi attraverso i quali l’interprete procede all’elaborazione di una costruzione teorica; esso descrive, in particolare, il procedimento alla base della teoria di Dworkin, attraverso il quale questa si auto-alimenta. Tale modello non potrà mai partorire costruzioni descrittive e generali; potrebbe, tuttavia, fungere da guida per la costruzione di altre teorie – valutative e particolari, s’intende – aventi ad oggetto di volta in volta ordinamenti giuridici anche molto diversi tra loro.

V. DWORKIN, HART E L'ARCHIMEDEAN JURISPRUDENCE

L'occasione per un ritorno di Dworkin sul tema della natura della teoria giuridica è offerta al filosofo da una *lecture* – tenuta ad Oxford a poco meno di un decennio dalla morte del suo maestro inglese –, il cui testo è stato riveduto e pubblicato tre anni più tardi col titolo *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*. Il proposito esplicito di Dworkin è criticare ciò che egli stesso definisce «the Postscript's central and most important charge»⁽¹⁰⁵⁾, ossia il metodo teorico hartiano, contraddistinto dai suoi due caratteri descrittivo e generale⁽¹⁰⁶⁾. In realtà, tuttavia, appare ben presto evidente il vero obiettivo del filosofo americano essere un altro: quello di rifiutare definitivamente la proposta di non-belligeranza implicitamente avanzata nei suoi confronti da Hart, all'epoca in cui questi affermò che la propria teoria e quella di Dworkin ben potrebbero convivere senza scontrarsi, trattandosi di due progetti con scopi assai lontani tra loro e implicanti strumenti molto diversi⁽¹⁰⁷⁾.

L'autore di *Law's Empire*, un paio di decenni prima, avrebbe probabilmente declinato l'invito hartiano alla pacifica divisione dei compiti, affermando la propria esser l'unica teoria capace di giungere a risultati validi ed apprezzabili, di condurre il lavoro dello studioso ad esiti fruttuosi; la teoria hartiana, al contrario, sarebbe stata bollata come inutile ed asettica. Non per questo Dworkin si sarebbe spinto al punto di cacciare dal mondo dell'analisi giuridica l'approccio general-descrittivo, preoccupandosi piuttosto di evidenziare come il rifiuto di esso e la scelta di quello interpretativo s'imponessero ai teorici del diritto aspiranti a condurre ricerche di una qualche utilità. Il filosofo statunitense, insomma, si sarebbe limitato a rilevare la necessità di compiere una scelta tra due impostazioni sì alternative, ma entrambe esistenti e astrattamente legittime: due impostazioni i cui esiti sono in un caso apprezzabili e nell'altro insignificanti, ma comunque quantomeno degni di essere messi a confronto e studiati.

In questo senso, pare non potersi parlare di teoria dworkiniana al singolare, ma solamente di *teorie* dworkiniane, intendendo fare riferimento con quest'espressione alle infinite elaborazioni, analoghe a quella che Dworkin ha sviluppata a partire dal diritto nordamericano, che possono scaturire dal modello tripartito, sol che si *scelga* di volta in volta un diverso punto di partenza.

E, in questo limitato senso, il modello interpretativo tripartito potrebbe essere considerato una costruzione meta-teorica “generale”, ossia un mezzo adatto a guidare l'elaborazione di interpretazioni che possono avere ad oggetto pressoché ogni realtà giuridica (probabilmente anche gli ordinamenti primitivi, dei quali – comprensibilmente, del resto – Hart non si cura). Si tratta comunque di una meta-teoria assai distante dal modello hartiano, essendo tutt'altro che avalutativa e articolandosi, al contrario, in un *continuum* di scelte e valutazioni compiute dal suo fruitore.

⁽¹⁰⁵⁾R. DWORKIN, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n. 1, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 1.

⁽¹⁰⁶⁾È interessante notare il modo in cui Dworkin rielabora la seconda delle «two important features» (*ibidem*) del *project* hartiano: dopo aver illustrata la sua *descriptive nature*, egli passa al secondo carattere, cui si riferisce non già nei consueti termini di “generalità” o di “universalità”, bensì parlando di *philosophical nature*. «Second, it is a philosophical rather than a legal project. It is the business of lawyers to try to discover what the law is on particular subjects [...]. But identifying what law is in general is not just a particularly ambitious legal exercise, but a philosophical one, calling for entirely different methods from those lawyers use day by day» (*ibidem*).

In effetti, è per Dworkin che il lavoro del teorico rappresenta “la parte generale del giudizio”, ossia un'operazione metodologicamente analoga a quella dell'operatore del diritto, benché collocata ad un più elevato livello d'astrazione: tanto il teorico quanto il giudice, benché a diverse “altitudini”, si servono dello strumento interpretativo, e la differenza tra le rispettive attività è soltanto una questione di grado. Il teorico hartiano, invece, si chiama fuori dalla dimensione applicativo-operativa del diritto, assumendo un punto di vista esterno al fine di descrivere l'attività degli operatori giuridici senza partecipare ad essa e senza dividerne metodologie e valori.

⁽¹⁰⁷⁾Cfr., *supra*, § 5.

Il Dworkin del XXI sec. non è più di questo avviso: la sua opinione si è fatta più radicale e la legittimità stessa della teoria hartiana è revocata in dubbio – o, per meglio dire, è totalmente negata –. Dworkin non è più disposto a discutere della validità della sua teoria interpretativa in contraddittorio con le istanze di quella general-descrittiva ideata dal proprio maestro, dal momento che ora la propria, a suo dire, non solo è l'unica teoria valida, ma è anche... *l'unica*: quella di Hart non sarebbe, come sempre si è creduto, una teoria diversa e antitetica rispetto a quella dworkiniana, bensì una teoria interpretativa al pari della sua “presunta avversaria”. Ciò non significa che Dworkin accusi Hart di plagio, né che lo additi pubblicamente come un disonesto, come un filosofo-ciarlatano che vende, lodandone ed esaltandone le qualità descrittive, una teoria sotto-sotto interpretativa. Al contrario, Hart avrebbe creduto in perfetta buona fede di aver elaborato una costruzione avalutativa adatta ad analizzare gli ordinamenti giuridici più diversi; ma il fatto di ritenere ingenuamente tale la propria teoria sarebbe stato la conseguenza di un enorme fraintendimento. Non è neppure immaginabile, infatti, come afferma Dworkin, costruire una teoria giuridica autenticamente descrittiva, dal momento che essa, per quanto diverse possano essere le accezioni dell'aggettivo “descrittivo” con cui qualificarla – e, ovviamente, al di là delle etichette meramente formali –, non può esistere; non ha più senso discorrere della teoria dworkiniana come “teoria più valida”, dal momento che rispetto ad essa non esiste alcuna sostanziale alternativa.

È necessario osservare sin d'ora che, per poter seguire il discorso dworkiniano e comprendere le ragioni ed i passaggi attraverso i quali il filosofo giunge a conclusioni tanto radicali e – almeno a prima vista – sorprendenti, occorre aver ben chiara la schematizzazione della teoria hartiana che egli offre e contesta. La filosofia di Hart è assimilata da Dworkin a quella che egli chiama *Archimedean philosophy*. Gli *Archimedean*s sarebbero quei filosofi i quali «distinguish the first-order discourse of the practice they study [...] from their second-order platform of ‘meta’ discourse, in which first-order concepts are defined and explored»⁽¹⁰⁸⁾; si tratta, come Dworkin stesso spiega, di un atteggiamento teorico assai diffuso, comune a diversi ambiti filosofici di studio, fra i quali si colloca quello che egli chiama *meta-ethics*. I filosofi ad esso riferibili sono dediti alla discussione circa il *logical status* di giudizi di valore come quelli che le persone formulano quando – ad esempio – affermano l'eutanasia o l'aborto esser moralmente deprecabili. Alcuni di essi sostengono che tali giudizi siano oggettivamente valutabili in termini assoluti come veri o falsi, trattandosi di «reports about an independent reality»⁽¹⁰⁹⁾; altri, in disaccordo coi primi, ritengono invece che quei giudizi siano semplici “pretese di oggettività”, catalogabili come «expressions of emotion or personal taste»⁽¹¹⁰⁾. Al di là di simili divisioni, tuttavia, questi filosofi sono tutti d'accordo nell'affermare che le proprie teorie, secondo le quali dei giudizi morali è possibile discutere in termini di validità oggettiva piuttosto che come valutazioni soggettive, non sono dei giudizi morali a loro volta: le *second-order theories* sarebbero avalutative, *un-committed*, moralmente neutrali. Dworkin, al contrario, ritiene che simili teorie siano esse stesse null'altro che generalissimi giudizi morali formulati in termini astratti.

Un'altra categoria di *Archimedean*s, in cui Dworkin ricomprende anche Hart, è quella dei filosofi politici e di quei giusfilosofi che, muovendo dalle discussioni pubbliche in merito ai conflitti tra valori e principî quali – ad esempio – la legalità e la sicurezza, o la libertà e l'ordine sociale, intendono fornire *descriptive and conceptual accounts* dei medesimi valori e dei loro rapporti reciproci. Anche questi filosofi ritengono il proprio lavoro essere «neutral among the con-

⁽¹⁰⁸⁾Ivi, p. 2.

⁽¹⁰⁹⁾*Ibidem*.

⁽¹¹⁰⁾*Ibidem*.

troversies»⁽¹¹¹⁾, contrariamente a quanto sostiene Dworkin, secondo il quale tutte le definizioni e le analisi dei vari concetti di libertà, ordine pubblico, legalità, e dello stesso *concept of law*, non possono fare a meno di essere soggettive e valutative al pari delle diverse *contending opinions* relative a tali concetti: «Hart's ambition of a purely descriptive solution to the central problems of legal philosophy is misconceived, as are the comparable ambitions of many leading political philosophers»⁽¹¹²⁾. L'inserimento di Hart nel novero dei filosofi "archimedéi", come si avrà modo di vedere più approfonditamente, è quantomeno discutibile. È impossibile negare, da un lato, che il filosofo inglese condivide con costoro l'impostazione di fondo dell'approccio meta-teorico, caratterizzato dalla netta separazione tra i due livelli di discorso valutativo e conoscitivo-neutrale (distinzione strettamente connessa a quella tra *points of view* interno ed esterno): il livello della teoria è, secondo Hart, una dimensione *altra* rispetto a quella della realtà che a livello teorico viene descritta e analizzata, e non *parte* della realtà stessa. D'altro canto, però, l'oggetto della sua analisi è cosa ben diversa rispetto ai concetti di libertà, democrazia, giustizia *et cetera* che Dworkin assimila un po' troppo semplicisticamente a quello di diritto: questo, a differenza degli altri, è sì pervaso e informato da molteplici valori, ma non è esso stesso un valore, bensì un complesso fenomeno *sui generis*. Si tratta di una precisazione importante, sulla quale il filosofo statunitense – com'è nel suo stile, del resto – sorvola senza scrupoli di sorta, facendo di tutta l'erba un fascio sicché la critica ad Hart possa essere inglobata nella critica all'*Archimedean philosophy*⁽¹¹³⁾.

Secondo Dworkin, la pretesa degli *Archimedean*s di poter elaborare costruzioni di secondo livello (come la stessa teoria giuridica general-descrittiva hartiana), le quali, ancorché relative alla – e create a partire dalla – dimensione di primo livello (la realtà sociale), rimangano rispetto a questa completamente neutrali, è una pretesa destinata a scontrarsi ben presto con due «fatal objections»⁽¹¹⁴⁾. In primo luogo, occorre tener conto del fatto che i concetti di natura politico-sociale come il diritto e la libertà, sui quali – e sui rapporti fra i quali – vertono le discussioni di primo livello, sono concetti per loro natura essenzialmente controversi⁽¹¹⁵⁾, non suscettibili di esser "catturati" da teorizzazioni di secondo livello che possano dirsi autenticamente neutrali e descrittive⁽¹¹⁶⁾. In secondo luogo, lo stesso aggettivo "descrittivo" è un termine controverso e ambiguo, posto che vi sono diversi modi di "descrivere" una *social practice*: gli *Archimedean*s debbono pertanto scegliere in modo preciso, per poter difendere la propria posizione, una fra le

⁽¹¹¹⁾Ivi, p. 3.

⁽¹¹²⁾*Ibidem*.

⁽¹¹³⁾Come si avrà modo di vedere (cfr., *infra*, § 10), questo modo di procedere volge, in ultima analisi, a danno dello stesso Dworkin, il quale espone il proprio lavoro a rilievi critici di non poco conto.

⁽¹¹⁴⁾Ivi, p. 7.

⁽¹¹⁵⁾Alcuni reputano, condivisibilmente, la nozione di "concetto essenzialmente controverso" essere un non-senso: «[s]e qualcosa è essenzialmente controverso non è un concetto ma diversi concetti, ovvero è la storia della discussione su una famiglia di concetti più o meno simili» (M. JORI, op. cit., p. 418, nota). Può essere utile, peraltro, utilizzare comunque tale sintagma, in ragione della sua notevole efficacia nell'evocare – se inteso in termini meno rigorosi – l'idea di un concetto sulla cui "portata" non esiste, fra i parlanti, un accordo "forte", rilevandocene tutt'al più uno "debole" su alcuni caratteri generali soltanto; si tratta di una caratteristica che Dworkin rileva esser tipica di quelli che egli chiama «interpretive concepts» (R. DWORKIN, op. ult. cit., p. 9). Pertanto si farà uso indiscriminatamente dei sintagmi "concetto essenzialmente controverso" (in senso non rigoroso) e "concetto interpretativo", intendendoli come sinonimi.

⁽¹¹⁶⁾«First, ordinary political argument often includes, not merely as a neutral threshold to substantive controversies but as a central element in those controversies, argument about the very conceptual issues that the philosophers study» (ivi, p. 6).

diverse accezioni possibili; tuttavia, come Dworkin intende dimostrare, «each sense of description [...] proves patently inapplicable»⁽¹¹⁷⁾.

A. (*Segue.*) *Concetti controversi e “descrizioni” impraticabili*

Occorre segnalare da subito che la prima *objection* dworkiniana alla pretesa archimedea di costruire teorie neutrali su concetti sociali di carattere interpretativo è assai debole per quanto riguarda il suo impatto sulla teoria giuridica hartiana. Dworkin prende ad esempio i concetti di democrazia e di giustizia, ed illustra l'uso che ne è solitamente fatto nei dibattiti interni alla società. Giuristi e uomini politici sono soliti discutere in modo piuttosto acceso e appassionato in merito – ad esempio – alla democrazia: chi sostenendo che essa non soltanto presupponga l'adozione del principio maggioritario, ma anche implichi la predisposizione di una qualche forma di *judicial review*, che del principio maggioritario assicuri l'effettiva e giusta operatività; chi, invece, propugnando una più semplice configurazione della democrazia, basata sul solo principio maggioritario⁽¹¹⁸⁾. Ma – si domanda Dworkin – se le analisi e le definizioni del concetto di democrazia offerte dai filosofi sono davvero neutrali e descrittive come essi sostengono, se non condividono la natura soggettiva dei dibattiti di primo livello e anzi si collocano in una propria dimensione del tutto separata, per quale motivo giuristi e uomini politici seguitano ciononostante a discutere tanto appassionatamente a proposito della democrazia⁽¹¹⁹⁾? Per gli *Archimedean*, la soluzione a dibattiti tanto accesi è a portata di mano: un opportuno lavoro di analisi teorica potrebbe fornire alle parti in contrasto definizioni neutrali, di fronte alle quali ogni discussione cesserebbe mercé un quasi miracoloso superamento delle divisioni di carattere morale e l'esaurimento della materia del contendere. L'analisi teorica sarebbe, in definitiva, la chiave per ricomporre divergenze e conflitti in merito a questioni morali.

Tale convinzione, propria degli *Archimedean* (membro onorario dei quali – lo si ricordi – sarebbe lo stesso Hart), discenderebbe secondo Dworkin da una superficiale osservazione della realtà e del ruolo ricoperto da concetti come quello di democrazia nell'ambito delle consuete discussioni fra *ordinary people*⁽¹²⁰⁾. Essi servono da «abstract plateaus of agreement»⁽¹²¹⁾: pressoché tutti i parlanti sono concordi nel riconoscerne la fondamentale importanza, lasciando però aperta la questione circa che cosa tali concetti siano o significhino, questione che è causa ed oggetto degli scontri. Sarebbe assurdo e ridicolo pensare di poter elaborare in merito a questi concetti delle teorie davvero neutrali rispetto alle questioni controverse circa la definizione degli stessi. Si prenda ad esempio il concetto di giustizia – «the most abstract political concept of all»⁽¹²²⁾ –, a proposito del quale sarebbe quantomeno *implausible* credere di poter elaborare una teoria descrittiva e *disengaged* rispetto al livello morale della discussione: sarebbe insomma ingenuo e ridicolo sostenere che «an informative theory about the nature of justice could be neutral

⁽¹¹⁷⁾Ivi, p. 7.

⁽¹¹⁸⁾«[S]ome [...] insist that judicial review is not inconsistent with democracy because democracy does not mean just majority rule, but majority rule subject to those conditions that make majority rule fair. Most of those who oppose judicial review reject this more complex definition of democracy and insist that democracy just means majority rule» (*ibidem*).

⁽¹¹⁹⁾«Why hasn't common sense taught ordinary people simply to converge on a standard definition of these concepts [...] so that they can save their energies for the genuinely substantive issues, like the issue of whether democracy should sometimes be compromised for other values?» (*ibidem*).

⁽¹²⁰⁾«The Archimedean story ignores the way in which political concepts actually function in political argument» (*ibidem*).

⁽¹²¹⁾*Ibidem*.

⁽¹²²⁾Ivi, p. 8.

among issues of substantive political argument» (¹²³). Allo stesso modo, sarebbe assai bizzarro, da parte di un filosofo che sostenga una *positive conception* della giustizia, quale potrebbe essere quella secondo cui questa consisterebbe in «the arrangements that maximize a community's wealth» (¹²⁴), ritenere tale *conception* valutativa e neutrale. Concetti come quelli di democrazia e di giustizia, dunque, si comportano, nell'ambito delle discussioni di primo livello, come «interpretive concepts of value» (¹²⁵), e le teorie sul loro significato e sulla loro essenza non possono considerarsi estranee a tali *values*: esse non sono altro che “prosecuzioni” a livello astratto delle *moral-engaged discussions* dei giuristi e dei politici.

Tali affermazioni possono apparire piuttosto apodittiche, posto che Dworkin ancora non spiega *perché* non siano possibili simili teorie descrittive su concetti interpretativi. La risposta a tale questione è oggetto della seconda *objection* dworkiniana: «in what sense of ‘descriptive’ the supposedly second-order philosophical project of identifying a political value is a descriptive rather than a normative project» (¹²⁶)? Un'analisi teorica, secondo il filosofo, può essere descrittiva di concetti in tre sensi diversi: essa può essere un'analisi semantica volta a ricostruire i criteri-guida, i parametri di riferimento che le persone utilizzano, magari in modo inconsapevole, nel definire qualcosa come – ad esempio – illegale o non democratico; può essere, d'altro canto, un'analisi volta alla scoperta della *true essence* dei concetti che s'intendono descrivere, ossia qualcosa di analogo all'identificazione della struttura atomica degli elementi naturali o alla “mappatura” del genoma degli esseri viventi; può infine trattarsi di una ricerca di tipo statistico volta a determinare quali siano i contesti e i modi in cui più frequentemente i concetti in questione sono utilizzati. Non sarebbe utile ai fini del presente lavoro addentrarsi nelle specifiche ragioni che portano Dworkin ad escludere che le analisi teoriche degli *Archimedean* possano dirsi descrittive in almeno uno di questi tre sensi. Egli – come, del resto, era prevedibile – non fa che affermare nuovamente la propria convinzione che i concetti di diritto, democrazia, libertà *et cetera* siano essenzialmente controversi a causa della loro natura interpretativa; concetti il cui utilizzo non è governato da *shared criteria* – ma una conclusione tanto drastica non convince del tutto – e la cui struttura non è qualcosa di dato – concludere che «[I]liberty has no DNA» (¹²⁷), invece, è cosa che non stupisce alcuno –; quanto poi alle indagini di carattere empirico-statistico sui modi in cui tali concetti sono più frequentemente utilizzati, si tratta di operazioni tanto faticose da portare a termine quanto inutili per la filosofia, la cui autonomia scientifica finirebbe per essere assorbita all'interno di altri ambiti disciplinari quali l'antropologia o la sociologia storica. La pretesa di costruire teorie “descrittive” sui concetti cari all'*Archimedean philosophy* sarebbe, in conclusione, insostenibile: tali concetti non potrebbero essere analizzati senza che il teorico prenda posizione circa la necessità di configurarli, di definirli in certi modi piuttosto che in altri; sarebbe assurdo cercare di “catturare” degli oggetti intrinsecamente dinamici e sfuggenti attraverso strumenti che, diversamente da quello interpretativo-valutativo, non sono a loro volta dinamici.

È chiaro che, una volta dimostrata l'impossibilità per le teorie archimedee di esser davvero descrittive, Dworkin non incontra più difficoltà di sorta nel catalogarle come semplici “pretese di oggettività” astratte; e lo “smascheramento” operato nei loro confronti comporta automaticamente, secondo il filosofo, lo smascheramento “a cascata” della teoria hartiana, fra di esse ricompresa. Ma una simile conclusione non può essere accettata tanto facilmente, dal momento che muo-

(¹²³) *Ibidem*.

(¹²⁴) *Ibidem*.

(¹²⁵) Ivi, p. 9, corsivo originale.

(¹²⁶) *Ibidem*.

(¹²⁷) Ivi, p. 11.

ve da un presupposto assai discutibile, la cui criticabilità è suscettibile di minare le fondamenta di una tanto sbrigativa negazione dell'autonomia della teoria di Hart rispetto alle teorie interpretative: ci si riferisce alla controversa inclusione del filosofo inglese nel novero degli *Archimedean*, inclusione arbitraria e superficiale che si tenterà di criticare nel paragrafo che segue.

B. (Segue.) La peculiarità del concetto di diritto. Dworkin "smascherato"

La critica dworkiniana all'*Archimedeanism* è, come detto, il mezzo attraverso il quale il filosofo americano pretende di pervenire alla delegittimazione della stessa teoria hartiana; ciò è reso possibile dalla collocazione di Hart nel solco dell'*Archimedean philosophy*, giustificata da una sostanziale affinità metodologica fra l'autore di *The Concept of Law* ed i filosofi contro cui Dworkin si scaglia. Tale affinità, del resto, è piuttosto evidente e difficilmente discutibile: l'esistenza di due distinti livelli di discorso e la separazione tra punti di vista interno ed esterno sono i presupposti di fondo tanto della teoria giuridica hartiana, quanto delle filosofie etica e politica degli *Archimedean*. Ciò che invece non è affatto pacifico è se quest'affinità metodologica sia sufficiente per catalogare, senza bisogno di ulteriori elementi, la filosofia del diritto di Hart come archimedea; per risolvere tale questione può essere utile verificare se, preso atto della somiglianza meta-teorica fra le due scuole, vi siano differenze tra di esse che spingano in senso contrario, che ostino cioè all'assimilazione Hart-*Archimedean*.

Almeno una differenza importante, a ben vedere, c'è, ed è la seguente: mentre le correnti filosofiche archimedee si occupano di temi etici quali l'aborto e l'eutanasia, ovvero di concetti di natura latamente politica quali la democrazia, la giustizia e l'uguaglianza – temi assai cari a Dworkin, il quale non incontra difficoltà nel discuterne e nel dimostrarne l'essenza controversa –, la filosofia di Hart si occupa, come noto, di diritto. Si tratta, invero, di una differenza importante (su cui Dworkin tuttavia non si sofferma minimamente), una debita considerazione della quale può mettere seriamente in discussione la bontà delle argomentazioni dello stesso Dworkin – limitatamente, beninteso, al presunto smascheramento della teoria hartiana ⁽¹²⁸⁾ –.

Circa l'essenza interpretativa e controversa del concetto di diritto si può essere più o meno d'accordo. Dworkin ne sostiene strenuamente l'evidenza e la pervasività. Hart non ne sembra del tutto convinto ⁽¹²⁹⁾, anche se in realtà la sua prudenza appare dettata più da ragioni di coerenza teorica che da motivi sostanziali; egli tende comunque a soprassedere sulla questione, insistendo sul fatto che, comunque fosse, l'essenza interpretativa del diritto non pregiudicherebbe la possibilità di osservarlo dall'esterno e di farlo oggetto di una teoria descrittiva ⁽¹³⁰⁾. Ammettendo comunque, anche soltanto come mera possibilità, che il diritto sia un fenomeno intrinsecamente interpretativo, potremmo senza dubbio accomunarlo, sotto questo aspetto, ad altri concetti essenzialmente controversi quali quelli di democrazia, giustizia *et cetera*. Ma sarebbe sufficiente questo per poter dire che teorizzare il diritto e teorizzare la democrazia, la giustizia e l'uguaglianza

⁽¹²⁸⁾Non rientra, infatti, fra i compiti del presente lavoro discutere circa l'efficacia della critica dworkiniana all'*Archimedeanism* in genere: in questa sede si desidera soltanto cercare di comprendere – indagando la legittimità dell'inserimento di Hart fra i filosofi archimedei – se sia esatto affermare, come Dworkin fa, che la validità di tale critica sia idonea a delegittimare anche la teoria hartiana.

⁽¹²⁹⁾Hart, sul punto, fornisce risposte non completamente soddisfacenti: in molti passaggi del *Postscript* egli riconosce di ammettere (*rectius*: di non escludere) che – ad esempio – «la norma di riconoscimento può incorporare quale criterio di validità giuridica la conformità con principi morali e valori sostanziali» (H. L. A. HART, op. cit., p. 321), ma si tratta di affermazioni che l'Autore non approfondisce come forse sarebbe opportuno fare, in ragione dell'importanza che i loro sviluppi potrebbero avere per l'intera *jurisprudence* hartiana.

⁽¹³⁰⁾Cfr., *supra*, § 6.

sono operazioni analoghe? È possibile considerare Hart uno dei molti *Archimedean political philosophers* per il semplice fatto che la sua teoria si occupa di diritto, ossia di un concetto interpretativo come quelli di cui si occupano gli altri archimedéi? Rispondere affermativamente a simili domande darebbe prova di aver affrontata la questione in modo grossolano e superficiale.

Anche ammettendo che il concetto di diritto e gli altri concetti studiati dagli *Archimedean* siano tutti di natura interpretativa, residuerebbe comunque una differenza assai rilevante. Democrazia, uguaglianza e giustizia sono semplici concetti, di cui possono esser date diverse definizioni, ciascuna delle quali esprime un'opinione, un orientamento, un'aspirazione; il diritto è invece un *fenomeno* complesso, il che lo contraddistingue in modo netto dai concetti anzidetti. Lo stesso Hart, parlando di *concetto* di diritto, intendeva chiarire sin dal titolo del suo libro che il diritto è qualcosa non da *definire* – ciò che i filosofi archimedéi fanno coi concetti da essi studiati –, ma da comprendere in ciascuna della sue molteplici dimensioni genetica (si pensi al ruolo della *rule of recognition*), strutturale (Hart si occupa infatti della distinzione tra ordinamenti primitivi ed evoluti, basati sulla presenza nei secondi di due categorie di norme), interpretativa (basti pensare all'analisi del carattere *open-textured* delle norme) ed istituzionale. Ad una tanto marcata diversità degli oggetti d'indagine, inoltre, non può non far seguito un'altrettanto marcata differenza tra i lavori teorici dei modesti *Archimedean* e del filosofo inglese: mentre gli uni investono le proprie energie nell'elaborare definizioni di concetti – ritenendole, a torto o a ragione, oggettive e neutrali –, l'altro elabora invece una complessa costruzione teorica di tipo conoscitivo, il cui scopo non è quello di definire un fenomeno multiforme e sfaccettato qual è quello giuridico (operazione ardua, forse impossibile e comunque, probabilmente, di nessuna utilità), bensì quello di approntare strumenti per lo studio di tale fenomeno e per una sua comprensione scevra da pregiudizî e da valutazioni soggettive.

Una volta rilevate, com'è doveroso e onesto fare, siffatte diversità non solo tra gli oggetti d'indagine, ma pure tra l'intero progetto teorico hartiano e le più schematiche elaborazioni dei filosofi archimedéi, non appare più possibile “buttare Hart nel mucchio” come fa Dworkin, il quale fornisce così un tipico esempio della sua celebre, discutibile abitudine di confezionarsi modesti bersagli di comodo. Per il semplice fatto di condividere con gli *Archimedean* l'approccio meta-teorico, Hart diventa automaticamente uno di loro; smentire la legittimità delle loro teorie, quindi, significherebbe automaticamente delegittimare la stessa teoria hartiana, in realtà ben più complessa e difficile da scalfire senza fare ricorso ad artate manovre. Si noti che infatti gli esempi di Dworkin volti a dimostrare l'“impossibilità di descrivere” riguardano esclusivamente i concetti di democrazia, giustizia, legalità *et cetera*, e mai quello di diritto: egli si sarebbe trovato in grave difficoltà nel sostenere l'impossibilità di un approccio teorico avalutativo nei confronti di esso, ossia l'impossibilità di elaborare una teoria che lo osservi da un punto di vista esterno e che possa dirsi autenticamente descrittiva. Dworkin non afferma *expressis verbis* niente di ciò in relazione al diritto, ma solo riguardo agli altri concetti anzidetti, confidando nel fatto che il lettore non si ponga troppe domande e dia il tutto quasi per scontato; affermarlo esplicitamente avrebbe resa necessaria l'apertura di un'ampia parentesi nel proprio ragionamento, operando un (di per sé doverosissimo) distinguo tra Hart e “gli altri *Archimedean*” e procedendo a confutare – ammesso che ciò sia possibile – parola per parola quanto da Hart affermato nel *Postscript* in tema di avalutatività della propria teoria giuridica.

Dworkin, insomma, conduce il suo discorso nel modo più sconveniente e, nell'intento di smascherare – seppur indirettamente e attraverso un espediente assai poco trasparente – la teoria hartiana, si presta egli stesso ad essere smascherato. L'unico modo plausibile, serio ed onesto di confutare l'impostazione di Hart sarebbe stato quello di puntare a screditarla sul piano della vali-

dità, cercando cioè di dimostrare che essa conduce ad esiti non apprezzabili sul piano conoscitivo. Dworkin avrebbe dovuto, in altri termini, procedere dicendo che solamente una teoria interpretativa come la sua rappresenta un modello utile ed efficace per comprendere appieno il fenomeno giuridico, mentre la teoria hartiana, informata ai criteri di neutralità e di generalità – o di “filosoficità”, per dirla con lo stesso Dworkin –, non sarebbe idonea ad una conoscenza autentica di un fenomeno interpretativo quale egli è convinto che il diritto sia, un fenomeno che può essere validamente penetrato solo attraverso strumenti a loro volta di natura interpretativa. Egli però vuole spingersi troppo in là, mirando addirittura a dimostrare che una teoria giuridica general-descrittiva non possa neppure esistere. Ma, per far questo, sarebbe necessario confutare non solo lo *slogan* hartiano secondo il quale «[I]a descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione»⁽¹³¹⁾, né soltanto la «tesi che la conoscenza possa restare valutativa anche quando verte su oggetti scelti per la loro importanza e valore»⁽¹³²⁾; occorrerebbe, in realtà, procedere a «confutare un’intera famiglia di distinzioni [...]: analitico/sintetico, linguaggio/metalinguaggio, conoscitivo/normativo, e così avanti»⁽¹³³⁾.

L’alternativa per Dworkin ad un’impresa tanto colossale e, forse, persa in partenza, sarebbe a portata di mano, fatta salva la biasimevole possibilità di continuare a costruirsi e a distruggere bersagli posticci e poco impegnativi: gli basterebbe accettare, anche se un poco in ritardo, l’invito di Hart ad una pacifica convivenza. Non si tratterebbe certo di una sconfitta o di una resa incondizionata, ma soltanto della rinuncia al sogno imperialistico di una vittoria assoluta, nella consapevolezza che entrambe le teorie interpretativa e descrittiva possono ricoprire ciascuna un proprio ruolo importante – e complementare a quello dell’“avversaria” – nell’ambito della filosofia del diritto: quella hartiana fornendo un modello conoscitivo per un approccio neutrale al diritto e per il confronto di ordinamenti diversi; quella di Dworkin costituendo il mezzo per accedere ai singoli ordinamenti e partecipare delle dinamiche ad essi interne, esplorandone i valori di fondo. In un tale spazio comune, le due teorie troverebbero forse la loro sede naturale, in cui quella interpretativa potrebbe essere utilizzata a partire dal punto oltre il quale quella descrittiva non è in grado di – né intende – procedere; una sede naturale in cui ciascuna delle due costituirebbe, in definitiva, il mezzo per superare i limiti dell’altra.

⁽¹³¹⁾H. L. A. HART, op. cit., p. 314.

⁽¹³²⁾M. BARBERIS, op. ult. cit., p. 342. Si tratta di una «delle classiche tesi di Weber in tema di avalutatività [...] delle scienze storico-sociali» (*ibidem*).

⁽¹³³⁾Ivi, p. 343.