

# PER CLAUDIO LUZZATI: UNA RILETTURA DEL GIUSPOSITIVISMO BENTHAMIANO

di FRANCESCO FERRARO

SOMMARIO: 1. A Luzzati attraverso Bentham – e viceversa. – 2. Il ruolo delle definizioni nella filosofia del diritto: l'imperativismo e la distinzione tra diritto penale e diritto civile. – 3. Progetti teorici diversi: il positivismo giuridico di Bentham contro quello di Hart. – 4. La teoria del diritto come «arte e scienza della legislazione»: l'utilità come criterio ultimo di ogni impresa scientifica. – 5. Giurisprudenza espositiva e giurisprudenza censoria: alle origini di una distinzione spesso fraintesa. – 6. La teoria del diritto utilitarista e la «legge» (?) di Hume. – 7. Alcune conclusioni. Un positivismo giuridico eccentrico, ma modernissimo.

## 1. *A Luzzati attraverso Bentham – e viceversa*

Essendo arrivato a conoscere Claudio Luzzati (si può ben dire) grazie a Jeremy Bentham, intendo in queste pagine svolgere il percorso inverso, rileggendo Bentham a partire da temi e argomenti dell'opera di Luzzati e *attraverso* le categorie e distinzioni tracciate da quest'ultimo; pervenendo, quindi, a una ricostruzione di Bentham *per* Claudio Luzzati. Chiedo intanto, a chi legge, di perdonarmi se, nell'aprire il mio contributo a questo dialogo collettivo con Claudio, indulgo all'autobiografia e ai ricordi personali.

Ho avuto la fortuna di studiare e lavorare con Claudio per oltre vent'anni: da quando, nel 2004, iniziai il corso di dottorato milanese in «Filosofia analitica e teoria generale del diritto», che non esiste più e che non è fuori luogo qualificare come glorioso, avendo visto la formazione di un gran numero di filosofe e filosofi del diritto ormai consacrati a livello nazionale e internazionale. Giungevo a Milano da Pisa, laureato in filosofia; avevo intenzione di continuare a lavorare su Jeremy Bentham, autore che avevo approfondito negli ultimi due anni di Università. Alla prima riunione del collegio di dottorato, coordinato da Mario Jori, Claudio acconsentì a fare da supervisore del mio lavoro. Inizialmente – così credo – il nostro

rapporto fu caratterizzato da una sorta di scetticismo condiviso sulle mie prospettive di ricerca. Claudio non sembrava pienamente convinto dell'opportunità di svolgere una tesi dottorale incentrata sul pensiero di un autore, sostenendo invece l'approccio bobbiano – trasmessogli da Uberto Scarpelli – di una filosofia del diritto che partisse dai problemi che occupano i giuristi, non dalla discussione delle teorie di filosofi; tanto più che l'autore da me scelto era morto centosettantadue anni prima. Sembrava, in altre parole, che io stessi proponendo una tesi di storia della filosofia – ancorché filosofia giuridica – invece che una di filosofia analitica o di teoria generale del diritto, come richiesto dal programma dottorale. Inoltre, Claudio mi riferì che il suo maestro considerava Bentham autore troppo complesso da lasciare alle cure di uno studente (se la memoria non m'inganna, l'espressione usata da Scarpelli era “far massacrare” da uno studente).

Ero soprattutto io, però, a dovermi chiarire le idee sul progetto di ricerca da perseguire, dato che non avevo ancora individuato l'aspetto del pensiero giusfilosofico di Bentham che avrei voluto trattare.

Ho l'impressione che una serie di fattori abbiano contribuito a suscitare, progressivamente, l'interesse di Claudio per il mio lavoro. Uno di questi fu, credo, l'aver individuato, nel corso del primo anno di dottorato, un tema preciso all'interno del pensiero filosofico benthamiano, oggetto di un dibattito interpretativo – ma non esclusivamente filologico – che era (e forse è) ancora in corso: quello riguardante il ruolo e le funzioni assegnate al giudice, all'interno di un *corpus iuris* costruito sulle fondamenta dell'utilitarismo. Si trattava di un aspetto del pensiero del filosofo londinese poco conosciuto per il pubblico italiano, che era stato trattato da Gerald Postema nel suo *Bentham and the Common Law Tradition*<sup>1</sup>. Allo stesso tempo, il tema permetteva, anzi richiedeva, di svolgere temi teorici d'interesse ancora attuale, sia in materia di teoria generale del diritto (come la teoria dell'interpretazione e l'analisi dei concetti di obbligo e di diritto soggettivo) sia in ambito metaetico ed etico-normativo.

D'altra parte, nello svolgere temi benthamiani il mio intento, fin dall'inizio, era proprio quello di affrontare questioni teoriche, non esclusivamente storiche né filologiche. Anche negli anni da *undergraduate* avevo affrontato lo studio di autori del passato – prima di accostarmi a Bentham, soprattutto di David Hume – con uno sguardo volto innanzitutto alla rico-

---

<sup>1</sup>Cfr. G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, 2<sup>nd</sup> Ed., Oxford University Press, Oxford, 2019 (1<sup>st</sup> Ed. *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1986).

struzione analitica delle loro teorie. Tale approccio, che mi sembrava tipico di un certo stile anglosassone nell'affrontare la storia della filosofia, era lo stesso che avevo trovato nelle opere di Eugenio Lecaldano. Pertanto, nella mia tesi di laurea avevo scelto di esaminare il pensiero benthamiano alla luce di un classico tema di metaetica analitica, ossia quello della contrapposizione tra internalismo ed externalismo morale; tema che mi aveva suggerito Lecaldano stesso, cui mi ero rivolto su consiglio di Remo Bodei, mio relatore. Ero, quindi, ben lieto di poter seguire un percorso dottorale improntato alla trattazione di questioni teoriche ancora attuali, oltre alla ricostruzione – il più possibile corretta filologicamente e calata nel contesto storico – del pensiero di un certo autore passato.

## *2. Il ruolo delle definizioni nella filosofia del diritto: l'imperativismo e la distinzione tra diritto penale e diritto civile*

Del resto, che il pensiero giusfilosofico di Bentham fosse meritevole di studi di carattere non esclusivamente storico era testimoniato dal fatto che, negli anni del mio dottorato, la teoria benthamiana della norma giuridica era oggetto di interesse e di approfondimento da parte di Pierluigi Chiassoni (pure membro del collegio dottorale e mio “supervisore aggiunto”, insieme a Paolo Di Lucia)<sup>2</sup>. Luzzati stesso aveva reso conto di alcune idee benthamiane nelle sue opere: per esempio, nella sua seconda monografia *L'interprete e il legislatore* (1999) si ricordava che il problema dell'individuazione delle norme giuridiche era stato estesamente trattato da Bentham, prima che dagli autori novecenteschi<sup>3</sup>. In quel contesto, Luzzati rilevava come per il filosofo inglese una *law* potesse essere individuata soltanto a partire dal dovere od obbligo giuridico che essa imponeva ai consociati<sup>4</sup>. Se tale obbligo o dovere era riducibile per Bentham – com'è noto

---

<sup>2</sup> Si veda al riguardo P. CHIASSONI, *L'utopia della ragione analitica: origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>3</sup> Cfr. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 45-47.

<sup>4</sup> Luzzati, peraltro, adotta saggiamente la scelta terminologica di non tradurre «(a) law» come «norma giuridica» (né tantomeno come «legge»), cogliendo le peculiarità dell'uso benthamiano del termine, che non si riferisce al significato delle disposizioni ma all'espressione stessa della volontà del sovrano. Ho seguito questo stesso criterio nel primo capitolo di F. FERRARO, *Il giudice utilitarista: flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, ETS, Pisa, 2011.

– alla probabilità di una pena in caso di non adempimento, allora ogni *law* era principalmente costituita da un elemento penalistico, al quale si aggiungeva di necessità il «materiale esplicativo» (*explanatory matter*) che descriveva adeguatamente il contenuto di obblighi e diritti, ivi comprese le definizioni legislative<sup>5</sup>. Tale materiale doveva appartenere, per Bentham, al codice civile, che dunque non conteneva realmente precetti diversi rispetto agli imperativi del codice penale. Come giustamente osservava Luzzati, la distinzione tra diritto civile e diritto penale era per Bentham «una distinzione di comodo, del tutto estranea alla struttura profonda del diritto», poiché ogni *law* «comprende sia un elemento penalistico sia un elemento civilistico»<sup>6</sup>. Peraltro, molti diversi imperativi (“norme” penali) possono condividere gli stessi elementi esplicativi (“norme” civili).

Il punto teorico sollevato da Bentham – la cui rilevanza era stata sottolineata già dal giusrealista statunitense Felix S. Cohen<sup>7</sup> – merita una digressione. Bentham intende dire che ogni enunciato giuridico che non esprime, direttamente, una prescrizione (nei suoi termini, un comando), deve essere ricondotto a una prescrizione per essere compreso appieno; altrimenti è monco, incompleto<sup>8</sup>. Riccardo Guastini ha chiamato «norme in senso generico» questi enunciati non prescrittivi che, seguendo Scarpelli, considera come «funzionalmente dipendenti» dalle prescrizioni<sup>9</sup>. Si può considerare come vera e propria *law* soltanto quella il cui contenuto è prescrittivo; inoltre, nella teoria benthamiana sono autentiche prescrizioni solo i comandi, ossia espressioni di volontà accompagnate dalla minaccia di una sanzione in caso di mancata ottemperanza. In assenza di tale minaccia,

---

<sup>5</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, eds. J.H. Burns and H.L.A. Hart, with a new introduction by F. Rosen, and an interpretative essay by H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 302-304.

<sup>6</sup> C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., p. 46. Bentham parla di un «ramo» (*branch*) penale e di uno civile che ogni *law* ben fatta dovrebbe possedere: cfr. J. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ed. P. Schofield, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 221.

<sup>7</sup> Cfr. F.S. COHEN, *Bentham's Theory of Fictions by C.K. Ogden & The Theory of Legislation by Jeremy Bentham*, edited by C.K. Ogden, Book Review, in *Yale Law Journal*, 42, 1932-1933, pp. 1149-1152.

<sup>8</sup> «When the imperative clause or clauses to which a clause that is not imperative relates is traced out and understood, the true nature and efficacy of such clause is clearly understood: till then, it remains in darkness» (J. BENTHAM, *Of the Limits*, cit., p. 221).

<sup>9</sup> Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 51-54; cfr. anche U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 235.

non ci si trova dinanzi a un comando, ma a un consiglio o un'esortazione<sup>10</sup>. Chi comanda, fornisce nuovi motivi per l'azione oggetto della sua volontà, creando appunto il desiderio di obbedire per sfuggire alla punizione; chi consiglia o esorta, non fornisce motivi nuovi, ma mostra possibili motivi già esistenti (consiglio) o semplicemente esprime un desiderio, con la speranza che l'interlocutore sia mosso a soddisfarlo (esortazione).

Dunque, ogni *law* è un comando<sup>11</sup> ed è, in fin dei conti, penale, poiché collega una conseguenza sanzionatoria a un certo comportamento, opposto alla volontà espressa del sovrano. Tuttavia, non bisogna confondere le prescrizioni riguardanti l'irrogazione di una certa pena con quelle riguardanti il comportamento da tenere per evitare la pena stessa. Per meglio dire: si deve distinguere la prescrizione di tenere un certo comportamento dalla prescrizione di punire in determinati modi chi non tenga quello stesso comportamento. Si tratta di *laws* diverse, in quanto comandi di contenuto diverso, rivolti a soggetti differenti. Nel primo caso, Bentham parla di *simple imperative law*; nel secondo, di *punitory law*. Anche la *punitory law* è, comunque, *imperative*, nella misura in cui si tratta comunque di un comando, sebbene rivolto ai giudici<sup>12</sup>. Pur trattandosi di *laws* distinte, però, la prescrizione rivolta ai giudici, di irrogare la pena a coloro che siano stati trovati – «in due form of law» – colpevoli, include anche il significato della *simple imperative law* rivolta ai consociati. Al lettore moderno, questa appare come un'anticipazione del famoso ribaltamento kelseniano tra norma primaria e norma secondaria<sup>13</sup>. Tuttavia, non bisogna farsi sviare dalle somiglianze di facciata, che condurrebbero a dimenticare la radicale diversità dei rispettivi accostamenti alla teoria del diritto di Bentham e di Hans Kelsen. Se in Kelsen la norma giuridica ha struttura condizionale ed è rivolta primariamente agli organi di applicazione (in forma di una prescrizione del tipo «se illecito, allora ci deve essere sanzione»), in Bentham la *law* ha struttura probabilistico-sanzionatoria e fa riferimento a una *probabile* conseguenza negativa se non si conforma la condotta alla volontà del sovrano. Il nesso tra sanzione e *offence*, in Bentham, non è (in termini kelseniani) d'imputazione, bensì di causalità: una *law* anticipa che l'illecito sarà causa

<sup>10</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Of the Limits*, cit., pp. 24-25 (partic. nota 1).

<sup>11</sup> Con l'unica eccezione delle *laws* che revocano comandi già emanati (*discoercive laws*): cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., p. 302.

<sup>12</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., p. 302.

<sup>13</sup> Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, pp. 69-71. Sostenevo questa tesi in F. FERRARO, *Il giudice utilitarista*, cit., p. 86.

di conseguenze negative per chi lo compie<sup>14</sup>. Ancora in termini kelseniani: non c'è, per Bentham, alcun *Sollen* separato dalla natura empirica<sup>15</sup>. Anche la *punitory law*, rivolta agli organi di applicazione, è un'espressione di volontà (la volontà che qualcuno sia punito a certe condizioni e in certe forme) sorretta da una minaccia di sanzione (ossia la probabilità che, per esempio, i giudici subiscano a loro volta una punizione nel caso in cui disobbediscano alla *punitory law*). Ciò spiega anche perché (a differenza del rapporto tra norma primaria e secondaria in Kelsen)<sup>16</sup> Bentham considera che il rapporto tra *punitory law* e *simple imperative law* sia d'implicazione logica: se esiste una *law* rivolta ai giudici di castigare un certo comportamento, è chiaro che probabilmente quel certo comportamento andrà incontro a una conseguenza negativa. Il primo comando include il secondo<sup>17</sup>.

Sempre nelle pagine sopra citate, osserva Luzzati che a lettori moderni «lo statuto metodologico della ricerca benthamiana riesce piuttosto oscuro», in quanto sembrerebbe che il suo obiettivo sia quello di rispondere a «una sorta di interrogativo metafisico» riguardo alla reale essenza delle *laws*, «al quale sembra possa essere data come unica risposta una definizione reale». Nell'affrontare il problema dell'individuazione, Bentham sembra voler identificare «una struttura oggettiva preesistente» e non, invece, «fornire una ricostruzione convenzionale, o arbitraria, del materiale giuri-

---

<sup>14</sup> Per essere più precisi, d'accordo con la definizione benthamiana di «*a law*», l'espressione di volontà del sovrano che ogni *law* contiene e che riguarda la condotta dei consociati si affida, per il proprio adempimento, all'aspettativa di certi eventi (la sanzione) che la *law* stessa causerà. In altre parole, la dichiarazione di volontà del sovrano è parte della *catena causale* che provoca l'irrogazione di una sanzione in caso di non adempimento. In senso stretto, l'analisi probabilistico-sanzionatoria si applica all'*obbligo* o *dovere* giuridico che ogni *law* crea. Cfr. P.M.S. HACKER, *Sanction Theories of Duties*, in A.W.E. SIMPSON (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, II ser., Clarendon Press, Oxford, 1973.

<sup>15</sup> Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 63-65.

<sup>16</sup> In Kelsen, la norma secondaria che comanda un certo comportamento può essere utilizzata per esprimere in forma abbreviata il contenuto della norma primaria, rivolta agli organi di applicazione; tuttavia, essa non contiene un riferimento all'atto coattivo, che è essenziale per la giuridicità della norma (cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 69-71).

<sup>17</sup> Naturalmente, il rapporto di implicazione logica vale soltanto qualora la probabilità di ottemperanza da parte degli organi di applicazione sia sufficientemente alta da garantire che la *simple imperative law* possa appoggiarsi all'aspettativa di sanzione, come motivo per l'obbedienza dei consociati. In altre parole, la *punitory law* deve essere preconditione causale della *simple imperative law* affinché si possa dire che la include e implica logicamente.

dico»<sup>18</sup>. Come si vedrà tra poco, queste osservazioni di Luzzati sono sostanzialmente corrette, ma il caso benthamiano è più complicato di quanto esse sembrerebbero indicare.

### 3. *Progetti teorici diversi: il positivismo giuridico di Bentham contro quello di Hart*

Luzzati, in verità, aveva tenuto presente Bentham almeno a partire dalla sua prima monografia, *La vaghezza delle norme* (1990). In quella sede, si menzionava l'influsso del metodo benthamiano della *paraphrasis* sulla posizione di H.L.A. Hart in materia di definizioni dei termini giuridici<sup>19</sup>. In particolare, Luzzati ricordava lo scetticismo hartiano nei confronti dell'utilità di definizioni per genere prossimo e differenza specifica nel chiarificare termini come "norma", "diritto soggettivo", e molti altri: infatti, il *definiens* si mostrava spesso altrettanto misterioso e bisognoso di spiegazione del *definiendum*. Inoltre, la stessa domanda alla quale normalmente si risponde con definizioni *per genus et differentiam* (del tipo «che cos'è una norma?»), etc.) induceva per Hart a "entificare" i concetti giuridici, come se essi si riferissero sempre a una controparte fittizia o reale<sup>20</sup>. La soluzione hartiana per la chiarificazione dei termini giuridici consisteva inve-

---

<sup>18</sup> C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., p. 47.

<sup>19</sup> Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 150-152.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Inoltre, Hart sostiene com'è noto che la definizione *per genus et differentiam* è particolarmente inutile nel caso del concetto di diritto, poiché (tra altre ragioni) richiede di ricondurre il concetto a una famiglia più ampia di concetti affini: «[i]t is this requirement that in the case of law renders this form of definition useless, for here there is no familiar well-understood general category of which law is a member. The most obvious candidate for use in this way in a definition of law is the general family of rules of behaviour; yet the concept of a rule as we have seen is as perplexing as that of law itself, so that definitions of law that start by identifying laws as a species of rule usually advance our understanding of law no further» (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, III ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 15). Scarpelli osservava però che «in senso contrario a Hart, [...] notevoli orientamenti nella cultura filosofica e giuridica possiedono, o elaborano, il concetto di genere entro cui definire come concetto di specie il concetto di diritto, per esempio il concetto di norma o quello di ordinamento normativo. Negare la possibilità di una definizione per genere e differenza del concetto di diritto equivale a negare la possibilità di un sistema di concetti che domini tutto l'universo etico, collocando il diritto come universo etico speciale fra gli altri universi etici speciali» (U. SCARPELLI, voce *Diritto*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo, Vol. 1: Le discipline*, Utet, Torino, 1985, p. 182).

ce – spiegava Luzzati – in un’analisi dei contesti tipici di uso di tali termini e si incentrava, quindi, non immediatamente su di essi, bensì sugli enunciati in cui comparivano.

La vicinanza delle suddette tesi con la teoria benthamiana dei nomi di entità fittizie – recuperata all’attenzione novecentesca da Charles Kay Ogden<sup>21</sup> – è evidente, ma altrettanto evidente è che, come segnalava Luzzati, la definizione per *paraphrasis* benthamiana conduce sempre, in ultima istanza, a una riduzione a enunciati fattuali delle espressioni giuridiche; riduzione che Hart, invece, rifuggiva<sup>22</sup>. Per Bentham, com’è noto, termini del linguaggio del diritto come “obbligo” o “dovere”, “diritto soggettivo”, “potere”, sono tutti nomi che non designano nulla di realmente esistente al di fuori del linguaggio. Tali termini si riferiscono a entità che «al solo linguaggio devono la loro impossibile e, tuttavia, indispensabile esistenza»<sup>23</sup>. L’unica via per comprenderne il significato era, per Bentham, quella di tradurre gli enunciati che contenevano i termini in questione in enunciati contenenti solo nomi di entità reali («proposizioni reali»). Qualora fosse inevitabile utilizzare altri nomi di entità fittizie nell’enunciato finale, occorrerà spiegarne le ragioni; l’importante è che il nome di entità fittizia originario non compaia più al termine della *paraphrasis*. Nel caso di nomi di entità fittizie come “diritto soggettivo”, che Bentham chiama «di secondo grado», occorrerà prima tradurre in un enunciato contenente nomi di entità fittizie «di primo grado», come (nel caso del diritto soggettivo) “obbligo”; successivamente, quest’enunciato potrà essere tradotto in termini di entità reali.

D’accordo con quella che è stata chiamata «lettura riduzionista» della teoria benthamiana del significato<sup>24</sup>, per il filosofo inglese tutti i termini del discorso morale, politico e anche giuridico sarebbero interamente analizzabili in termini non-normativi, ossia, come si è detto, puramente fattuali ed empirici, «descriptive notions the intelligibility of which derives wholly from an austere naturalistic ontology and epistemology»<sup>25</sup>. Questa lettura riduzionista

<sup>21</sup> Mi riferisco ovviamente alla sua curatela C.K. OGDEN (ed.), *Bentham’s Theory of Fictions*, Kegan Paul, Trench, Trubner, London, 1932.

<sup>22</sup> Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 151.

<sup>23</sup> J. BENTHAM, *De l’ontologie et autres textes sur le fictions*, Texte anglais établi par Philip Schofield, traduction et commentaires par Jean-Pierre Clero et Christian Laval, Seuil, Paris, 1997, pp. 386-414.

<sup>24</sup> Cfr. S. PALMER, *Two Readings of Bentham’s Theory of Meaning as Applied to Moral and Political Discourse*, in *Ratio Juris*, 34, 2021, pp. 386-414.

<sup>25</sup> Ivi, p. 396.

è la più affermata in letteratura e, a mio parere, anche la più convincente<sup>26</sup>. A Bentham può essere attribuito un programma di naturalizzazione dell'etica e della teoria del diritto<sup>27</sup>.

In un certo senso, le riduzioni tramite *paraphrasis* dei concetti giuridici sono definizioni reali, poiché intendono dirci che cosa realmente è un obbligo, un diritto soggettivo, etc. Bentham non vuole rendere conto di usi convenzionali, né proporre semplicemente convenzioni nuove. Questo vale anche (e forse a maggior ragione) quando i termini giuridici non sono nomi di entità fittizie, bensì nomi di entità reali: per esempio, nel caso del termine “(a) law”. Una *law* è un'entità reale, poiché ci si riferisce a essa come a qualcosa di esistente anche al di fuori del linguaggio<sup>28</sup>. Si tratta di un'entità reale, ancorché astratta, poiché non coincide con una legge (*statute*): di quell'«oggetto ideale» che è una *law*, una legge può esibire tutte le parti, oppure solo alcune, oppure ancora può riunire più *laws* o parti di esse<sup>29</sup>. Le definizioni benthamiane, dunque, non sarebbero meramente opportune per gli scopi del linguaggio giuridico; sarebbero invece, in un certo senso, definizioni che aspirano alla verità o alla correttezza, cogliendo la struttura oggettiva dei concetti del diritto.

La distanza tra l'approccio benthamiano all'analisi dei concetti giuridici e quello di Hart è estremamente ampia e, forse, incolmabile: servendosi dello strumento definitorio, Bentham intende *reformare* il linguaggio del diritto, eliminando quelle che ritiene perniciose confusioni<sup>30</sup>. Per esempio,

---

<sup>26</sup> Una lettura diversa e revisionista è proposta da Gerald J. Postema in G.J. POSTEMA, *Utility, Publicity, and Law: Essays on Bentham's Moral and Legal Philosophy*, University Press, Oxford, Oxford, 2019. In base a tale lettura, che Postema chiama «quasi-pragmatista», la *paraphrasis* servirebbe a “legare” o agganciare a una solida base di fatto i termini riguardanti realtà sociali, come quelli del diritto e della morale, ma non ne esaurirebbe completamente il significato, lasciando spazio per una dimensione normativa fondamentale prodotta dalla mente umana. Non è questa la sede neppure per tentare una discussione di questa interpretazione alternativa. Mi limito a osservare che, anche accogliendo la lettura quasi-pragmatista dell'ontologia benthamiana, da cui prende le mosse l'interpretazione di Postema, da quella non discende necessariamente una lettura non-riduzionista dell'analisi dei nomi di entità fittizie giuridiche e morali.

<sup>27</sup> Per un'argomentazione estesa della tesi per cui il naturalismo ontologico, semantico e metodologico di Bentham anticipa quello del realismo giuridico novecentesco, sia consentito rinviare a F. POGGI, F. FERRARO, *A Commitment to Naturalism: Bentham and the Legal Realists*, in G. TUSSEAU (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on 'Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence'*, Routledge, London-New York, p. 224 ss.

<sup>28</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Of the Limits*, cit., pp. 293-294.

<sup>29</sup> Ivi, p. 301.

<sup>30</sup> Scarpelli distingue tra due tendenze principali nella filosofia analitica del diritto: una prima tendenza riconducibile a Hart che, influenzato dall'ambiente filosofico oxfordiano, ritiene

per quanto riguarda il termine “*law*”, esso non può essere applicato propriamente al diritto consuetudinario né a quello giurisprudenziale: mancando questi di espressioni autoritative di volontà sovrana, non possono che contenere soltanto «*quasi-laws*», costitutivamente incomplete e comprensibili solo rappresentandole come se si trattasse di *statutes* immaginari.

Eppure, proprio l'intento di riforma linguistica conduce a indagare più a fondo nel progetto teorico benthamiano e a problematizzare l'attribuzione di una concezione realista delle definizioni di termini giuridici.

#### 4. *La teoria del diritto come «arte e scienza della legislazione»: l'utilità come criterio ultimo di ogni impresa scientifica*

Infatti, dietro la rielaborazione benthamiana dei concetti giuridici, v'è (com'è noto) lo scopo di costruire un codice di leggi completo e onnicomprensivo. Tuttavia, Bentham non si limita a proporre una serie di definizioni stipulative, giustificate in quanto utili alla codificazione. Invece, quelle da lui offerte sono: 1) ridefinizioni o definizioni esplicative, che tengono conto in certa misura degli usi comuni dei termini, ma ne innovano parzialmente il significato, rendendolo più preciso; 2) definizioni utili a scopi non esclusivamente pratici (politici, morali), bensì anche scientifici<sup>31</sup>. La

---

che si debba analizzare l'uso comune del linguaggio giuridico nelle operazioni dei giuristi e rifiuta di costruire teorie a partire da definizioni; una seconda tendenza, di ascendenza hobbesiana, che estende al linguaggio giuridico la teoria empiristica della definizione, utilizzando appunto le definizioni come indispensabile strumento chiarificatorio (cfr. U. SCARPELLI, voce *Diritto*, cit., p. 182). Naturalmente, possiamo collocare nella seconda tendenza la filosofia del diritto di Bentham, il quale così si esprime sull'importanza delle definizioni nello studio del diritto: «Define your words says Locke: Define your words says Helvetius. Define your words says Voltaire: Define your words says every man who knows the value of them, who knows the use of them, who understands the things they are wanted to express: Define them for the rules of Physics: define them for the sake of Ethics; but above all define them for the sake of law. Philosophers, I have obeyed you. I have defined my words: and with more especial care, where with venturous / presumptuous / grasp I have taken in hand the sceptre of legislation» (manoscritti dello University College London, scatola 27, folio 45, consultabili in rete, URL: <[https://ucl.primo.exlibrisgroup.com/discovery/collectionDiscovery?vid=44UCL\\_INST:UCL\\_VU2&collectionId=81354514400004761](https://ucl.primo.exlibrisgroup.com/discovery/collectionDiscovery?vid=44UCL_INST:UCL_VU2&collectionId=81354514400004761)>).

<sup>31</sup> Del resto, non è possibile per Bentham alcuna impresa scientifica senza un sistema di definizioni ordinate e interconnesse: «[a]n orderly, unbroken, well-compacted chain of definitions is the only sure ladder whereby a man can place himself on the heights of science» (J. BENTHAM, *Preparatory Principles*, ed. D. Long and P. Schofield, Clarendon Press, Oxford, 2016, p. 215).

teoria del diritto benthamiana, infatti, è anzitutto una *scienza della legislazione*: un'impresa intellettuale tipicamente illuminista, che Bentham considerava la più nobile delle attività scientifiche e che classificava, nella propria «nomenclatura enciclopedica» delle scienze, come una sottocategoria della «Deontologia» o scienza della morale<sup>32</sup>. Ora, è vero che ridefinizioni come quella di “*law*” presentano, nelle intenzioni benthamiane, un aspetto convenzionalista: rispondono alla domanda riguardante «[c]he cosa è opportuno intendere» per “*law*” – ma anche per “obbligo”, “diritto soggettivo”, etc. – «qualora si voglia delinearne una nozione ancorata alla realtà sensibile»<sup>33</sup>. In questo senso, non si attribuirebbe a esse un valore di verità, ma solo un carattere di opportunità, di utilità rispetto a un certo scopo. Tuttavia, si tratta di strumenti necessari di una scienza – la scienza della legislazione – con pretese di oggettività. Tali pretese sono, peraltro, fondate sulla possibilità di agire sulla realtà del diritto per trasformarla, portando ciò che è a coincidere con ciò che dovrebbe essere. Infatti, per Bentham ogni scienza si accompagna a una corrispondente *arte*: la prima equivale alla conoscenza, la seconda alla pratica. È la pratica a conferire senso alla conoscenza, nella misura in cui è necessaria la pratica per conseguire i fini dettati dal *greatest happiness principle*<sup>34</sup>. Senza un'adeguata conoscenza scientifica, però, non è possibile strutturare alcuna pratica efficace. Bentham giunge ad affermare che scienza e arte sono lo stesso oggetto, guardato da punti di vista diversi: quando la mente umana contempla passivamente un certo sistema di idee, questo può essere considerato una scienza; quando invece svolge un ruolo attivo, utilizzando tali idee per agire, allora siamo di fronte a un'arte<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Chrestomathia*, eds. M.J. Smith and W.H. Burston, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 179-206.

<sup>33</sup> P. CHIASSONI, *L'utopia della ragione analitica*, cit., p. 39.

<sup>34</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Chrestomathia*, cit., p. 61.

<sup>35</sup> «The same object which is called *an art*, viewed in another light is called *a science*. When we consider the mind as passive with respect to a set of ideas, we speak of them as constituting a science; when active, an art. The mind is conceived to be passive with respect to a set of ideas when they are lodged in the memory, and make their appearance without effort, and without fruit. The mind is conceived to be active with respect to a set of ideas, either when it is occupied about acquiring or about communicating them to others, or about directing them to the production [of] external action». Bentham però procede subito a negare importanza alla distinzione in sé: «[w]hether this will be found to be a satisfactory account of the distinction between these terms, I know not: at the worst, here is not much paper wasted. [...] The distinction is of so little importance in practise [*sic*], that whether it be accurately comprehended or no, is no great matter» (J. BENTHAM, *Preparatory Principles*, cit., p. 321).

Le ridefinizioni benthamiane dei termini giuridici (ma anche di quelli morali e politici) sono, quindi, funzionali a scopi scientifici e sono anche quelle che permettono di agire sulla realtà esterna per modificarla. Per poter modificare il diritto vigente, occorre prima analizzarlo senza confondere ciò che è con ciò che si *vorrebbe* che fosse. È a questo scopo che occorre ancorare solidamente a dati di fatto empirici l'uso di termini normativi. Se si prende come esempio l'analisi del termine "dovere" od "obbligo", questa deve necessariamente fare riferimento a una probabilità di dolore in caso di non adempimento, poiché solo questo riferimento permette di agganciare a «un evento *esterno*» le asserzioni su obblighi o doveri<sup>36</sup>. La probabilità di dolore può derivare dalle decisioni di poteri giuridici: in tal caso, si parlerà di obbligo o dovere giuridico; può però anche derivare da una delle altre «fonti di piacere o dolore», che Bentham chiama «sanzioni» (*sanctions*) per derivazione etimologica dal latino *sanctio*, che indica appunto (così spiega il filosofo) l'atto di obbligare o ciò che serve per obbligare<sup>37</sup>. Se, dunque, la punizione per la violazione deriva da quella che chiameremmo «pressione sociale» e da comportamenti e atteggiamenti di membri della comunità, non determinati formalmente, allora la causa dell'obbligo o dovere sarà la «sanzione popolare o morale» e si parlerà di obbligo o dovere *morale*. Se, invece, la punizione è attesa da un'entità superiore, in questa vita o dopo la morte, si parlerà di obbligo o dovere *religioso*<sup>38</sup>. Quando si afferma impropriamente che qualcuno ha un certo obbligo o dovere, o si dichiara una certa condotta come obbligatoria o doverosa, senza però riferirsi implicitamente o esplicitamente a una specifica sanzione (nel senso appena esposto), non si fa altro che esprimere un proprio «sentimento interno»: si dichiara che l'idea di un certo comportamento ci risulta piacevole (o spiacevole l'idea del comportamento opposto), ma senza offrire un aggancio esterno affinché qualcun altro condivida tale sentimento<sup>39</sup>. In altre parole, si traveste da descrizione quella che, in realtà, è una prescrizione, peraltro fornita senza spiegarne le ragioni. Ciò avviene nel campo morale, quando si asserisce l'esistenza di certi obblighi morali che però non risultano affatto riconducibili alle punizioni informali della comunità in cui viviamo. Avviene anche in ambito giuridico, quando si af-

---

<sup>36</sup> Cfr. J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, eds. J.H. Burns and H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 496 (nota 5).

<sup>37</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., p. 34 nota a.

<sup>38</sup> Cfr. *ivi*, pp. 34-37; anche J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, p. 496 (nt. c).

<sup>39</sup> Cfr. J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, cit., p. 496 (nota 5).

ferma che vi siano certi obblighi o doveri, senza che però vi sia di fatto alcuna *law* che renda probabile l'irrogazione di una pena in caso di violazione. Bisogna applicare anche ai doveri od obblighi quanto Bentham afferma a proposito dei diritti soggettivi: che «una ragione per desiderare che un diritto soggettivo sia istituito, non è quel diritto soggettivo»<sup>40</sup>. Vi possono essere ottime ragioni per istituire un obbligo giuridico, senza che quell'obbligo sia, di fatto, istituito.

A quest'ultimo riguardo, rileva un'osservazione di Hart intesa a smentire le teorie predittive dell'obbligo giuridico: quella per cui, in base a tali teorie, se qualcuno riuscisse a eliminare ogni possibilità di essere punito per aver violato un obbligo – per esempio, fuggendo o corrompendo i giudici – sarebbe contraddittorio asserire la stessa esistenza dell'obbligo in questione<sup>41</sup>. Ebbene, a questa obiezione la teoria benthamiana sfugge abbastanza agevolmente. Anzitutto, Bentham potrebbe replicare che l'individuo in questione non è mai stato realmente soggetto a un obbligo perché la *law*, nel suo caso, non è riuscita a crearlo. Inoltre, nella teoria benthamiana nulla vieta che si concepiscano obblighi più o meno forti, graduati in base alla probabilità di punizione (oltre che in base alla gravità della punizione stessa). Qualora la probabilità di un'effettiva punizione sia minima, la forza dell'obbligo sarà minima; qualora detta probabilità sia nulla, l'obbligo sarà inesistente. Come si è detto, se questa ricostruzione del concetto di obbligo non rispecchia appieno gli usi comuni dei termini, ciò non costituisce un'obiezione, dati gli intenti ridefinitori di Bentham. La sua risposta all'osservazione di Hart sarebbe, probabilmente, che nel caso in questione il legislatore ha fallito nell'imporre un obbligo a quel determinato soggetto; l'aspettativa di motivarne la condotta, per mezzo della prospettiva di una sanzione, era un'aspettativa infondata. La *law* che si applicava al caso era, evidentemente, una *law* difettosa.

### 5. *Giurisprudenza espositiva e giurisprudenza censoria: alle origini di una distinzione spesso fraintesa*

La distinzione tra scienza e arte della legislazione aiuta anche a comprendere meglio il senso di una distinzione benthamiana arcinota, ma fre-

---

<sup>40</sup>J. BENTHAM, *Rights, Representation and Reform: Nonsense Upon Stilts and Other Writings on the French Revolution*, ed. C. Blamires, P. Schofield, C. Pease-Watkin, Clarendon Press, Oxford, 2002, p. 364.

<sup>41</sup>Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 82-83.

quentemente fraintesa: quella tra “giurisprudenza espositiva” (*expository jurisprudence*) e “giurisprudenza censoria” (*ensorial jurisprudence*). Bentham spiega che la *jurisprudence* può avere come oggetto lo studio del diritto come esso è oppure lo studio di come *dovrebbe essere*; nel primo caso essa si presenta come espositiva, nel secondo come censoria. Un’opera di giurisprudenza censoria è «in altre parole, un libro sull’arte della legislazione»<sup>42</sup>. Chi si occupi di giurisprudenza espositiva, tratta di *fatti*; chi, invece, fa giurisprudenza censoria, tratta di *ragioni*<sup>43</sup>. Quella che chiameremmo “teoria generale del diritto” è, in termini benthamiani, la *universal expository jurisprudence*: «universale» poiché, a differenza della *local expository jurisprudence*, non si occupa di analizzare ordinamenti giuridici nazionali, ma (diremmo oggi) concetti teorici fondamentali<sup>44</sup>, comuni a tutti gli ordinamenti<sup>45</sup>. La distinzione tra lo studio del diritto come esso è e lo studio di come dovrebbe essere è stata spessissimo interpretata come una separazione tra la teoria del diritto, intesa come impresa di ricostruzione concettuale, avalutativa e descrittiva, e la politica del diritto, intesa come elaborazione di dottrine prescrittive, fondate su assunti valoriali forti. Hart ha ritenuto che la teoria del diritto benthamiana fosse propriamente giuspositivistica – anzi, il primo esempio di positivismo giuridico in ambito anglosassone – in quanto essa negava ogni connessione necessaria (concettuale) tra diritto e morale<sup>46</sup>. Stephen Perry ha chiamato questo approccio «giuspositivismo sostanziale» (*substantive legal positivism*)<sup>47</sup>. Inoltre, secondo Hart l’intento benthamiano era quello di offrire una descrizione moralmente neutra dei fenomeni giuridici, politici e sociali<sup>48</sup>. Di questo accostamento alla teoria del diritto – che Perry ha denominato «giuspositivismo metodologico» (*methodological legal positivism*)<sup>49</sup> – Hart si considerava erede, rifiutando soltanto quello che considerava un inu-

---

<sup>42</sup> J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., pp. 293-294; anche ID., *Of the Limits*, cit., p. 16.

<sup>43</sup> Cfr. J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, cit., pp. 397-398.

<sup>44</sup> Sulla nozione di “concetto teorico fondamentale” cfr. F. POGGI, *Concetti teorici fondamentali*, ETS, Pisa, pp. 17-21.

<sup>45</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., pp. 293-294; anche ID., *Of the Limits*, cit., pp. 17-18.

<sup>46</sup> Cfr. H.L.A. HART, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 17-19 e 243.

<sup>47</sup> Cfr. S.R. PERRY, *Hart’s Methodological Positivism*, in J. COLEMAN (ed.) *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 310-354, partic. p. 311.

<sup>48</sup> Cfr. H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, p. 28.

<sup>49</sup> Cfr. S.R. PERRY, *Hart’s Methodological Positivism*, p. 311.

tile impaccio: la teoria imperativistica della norma giuridica<sup>50</sup>. Inoltre, Hart sosteneva che l'etica normativa abbracciata da Bentham – il suo utilitarismo – interferisse, in alcuni punti, con l'obbiettivo di ricostruire il diritto neutralmente, senza confondere descrizione e valutazione morale<sup>51</sup>.

Ebbene, come è stato messo in luce da Philip Schofield<sup>52</sup>, la ricostruzione hartiana è frutto di un fraintendimento degli scopi utilitaristici retrostanti l'impresa intellettuale benthamiana: quella di Bentham non è una teoria giuspositivistica in nessuno dei due sensi sopra distinti. Già Postema aveva mostrato come, in Bentham, la teoria del diritto fosse inseparabile dal suo utilitarismo, il quale non costituiva affatto un ostacolo agli intenti di analisi e di ricostruzione spassionata del materiale giuridico: anzi, proprio la distinzione tra il diritto come esso è e il diritto come dovrebbe essere era considerata parte di un approccio teorico che avrebbe avuto le migliori conseguenze in termini utilitaristici<sup>53</sup>. La teoria di Bentham, spiega Schofield, non è giuspositivistica sotto il profilo sostanziale, principalmente poiché non abbraccia la distinzione concettuale tra fatti e valori. Il diritto è un complesso fenomeno fattuale, che non è separabile dalla morale come complesso di valori, poiché anche i valori morali sono interamente riducibili a fatti naturali<sup>54</sup>. Ancora più evidente è la distanza della teoria

---

<sup>50</sup> Cfr. H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, p. 18.

<sup>51</sup> Per esempio, Hart critica specificamente la *benefit theory of rights* benthamiana (contrapponendovi, com'è noto, la propria *choice theory*), considerandola un frutto dell'influenza indebita dell'utilitarismo di Bentham sulla sua teoria del diritto: «Bentham certainly anticipated much of Hohfeld's work and he has moreover much to say about important aspects of the subject on which Hohfeld did not touch. But his account of legal rights is by no means free from objections; for at some important points his utilitarianism gets in the way of his analytical vision» (ivi, p. 162).

<sup>52</sup> Cfr. P. SCHOFIELD, *Jeremy Bentham and HLA Hart's "Utilitarian Tradition in Jurisprudence"*, in *Jurisprudence*, 147, 2010, pp. 147-168.

<sup>53</sup> Cfr. G.J. POSTEMA, *The Expositor, the Censor, and the Common Law*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 9, 1979, pp. 643-670, ristampato in B. PAREKH (ed.), *Jeremy Bentham. Critical Assessments*, Routledge, London-New York, 1993, vol. III, pp. 227 ss.

<sup>54</sup> «In substantive legal positivism, what the law is constitutes matter of fact, while what the law ought to be constitutes (the conceptually distinct) matter of value. Bentham, however, was a 'naturalist' in the sense that value was determined by the existence of certain events or states of affairs in the physical world, namely the existence of pleasure and pain experienced by sentient beings. Hence, just as what the law is constituted a matter of fact, so what the law ought to be constituted a matter of fact—namely a prediction about the pleasure and pain that would be experienced by sentient creatures should an alternative law or arrangement of the legal system be introduced» (P. SCHOFIELD, *Jeremy Bentham and HLA Hart's "Utilitarian Tradition in Jurisprudence"*, cit., p. 158).

benthamiana dal positivismo giuridico metodologico di Hart: non era possibile, per Bentham, offrire una descrizione moralmente neutra del fenomeno giuridico, poiché la descrizione stessa era dotata di valore morale e poteva essere più o meno adeguata a scopi utilitaristici. Il metodo del giurista non poteva, né doveva, essere neutro<sup>55</sup>.

Tutto questo, però, non fa di Bentham un giusnaturalista, poiché la sua *universal expository jurisprudence*, come ha spiegato Xiaobo Zhai, non confonde esigenze e valori morali con l'individuazione concettuale dei doveri giuridici e diritti soggettivi, o con l'identificazione di quali doveri e diritti l'ordinamento effettivamente stabilisca<sup>56</sup>. Il legame tra gli intenti di riforma giuridica utilitarista e la ricostruzione ordinata e pubblicamente comprensibile del materiale giuridico (quello che Bentham chiama *natural arrangement*, contrapposto al *technical arrangement* che ha senso solo per la "casta" dei giuristi di professione)<sup>57</sup> non è immediato; Bentham non confonde il dover essere del diritto con l'essere ed è perfettamente cosciente che anche una cattiva *law* – tipicamente, una legge che non aumenta la felicità generale – può, nondimeno, esistere come *law*<sup>58</sup>. Invece, il legame

---

<sup>55</sup> Cfr. *ivi*, pp. 155-156. Comunque, è il caso di sottolineare che Schofield in un articolo precedente aveva ritenuto che, sebbene non si potesse in alcun modo considerare la teoria di Bentham come una forma di giuspositivismo metodologico, essa potesse almeno essere considerata come giuspositivismo sostanziale, in quanto basata sulla distinzione tra diritto com'è e diritto come dovrebbe essere: cfr. *Id.*, *Jeremy Bentham, The Principle of Utility, and Legal Positivism*, in *Current Legal Problems*, 56, 2003, pp. 1-39.

<sup>56</sup> Cfr. X. ZHAI, *Bentham's Natural Arrangement and the Collapse of the Expositor-Censor Distinction in the General Theory of Law*, in X. ZHAI, M. QUINN (eds.), *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, partic. pp. 176-177. Secondo Zhai, l'interpretazione di Postema condurrebbe proprio a considerare Bentham alla stregua di un giusnaturalista che confonde ciò che dovrebbe essere (nel suo caso, norme giuridiche utilitaristicamente ispirate) con ciò che è (obblighi, diritti soggettivi, etc. realmente presenti nell'ordinamento).

<sup>57</sup> Cfr. J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, cit., p. 415; anche *Id.*, *An Introduction*, pp. 272-273.

<sup>58</sup> Criticando William Blackstone, Bentham spiega così la questione: «[t]he bottom of all this is, it is the case with this Author, as it is with me: he does not like bad laws, laws that are wrong, laws in short that he does not like. Thus far we are agreed. But he has gone to work and cleared away these bad laws in a method that I must own I should not have thought of putting in practice. He has turned them into *no* Laws: [...] When a Judge meets with a decision pronounced before him, and chooses to decide contrary to it, his way is, not to say it is bad Law, that would be wrong: but to say it's no Law, and then all's right. [...] To give my own sentiment of the matter. I have my catalogue of Laws, commanding as far as appears to me what is *not* right: and prohibiting what is *not* wrong: very bad laws some; so bad, that it grieves me much to think of them. What follows, in my opinion? That they *are* not Laws? No

tra utilitarismo e teoria del diritto è mediato dal fatto che quest'ultima è un ramo del sapere che, come tutti gli altri, è in ultima istanza riconducibile al *greatest happiness principle*, il quale conferisce senso a qualsiasi sforzo intellettuale ed è, al tempo stesso, la prova ultima di qualsiasi conoscenza che si ritenga acquisita. Bentham, infatti, considera ogni *art-and-science*, ossia (come si è detto) ogni sistema di conoscenza unito alla corrispondente pratica o tecnica, come una sezione o sottosezione dell'arte onnicomprensiva che chiama *Eudæmonics* (arte del «ben-essere», *well-being*), la quale è necessariamente accoppiata alla scienza onnicomprensiva che chiama *Ontology* (scienza dell'essere, *being*). Ogni scienza e ogni arte devono tendere, quindi, a massimizzare la felicità generale<sup>59</sup>. Come sottolinea Zhai, anche la giurisprudenza espositiva universale «is just one chamber (if we must have a metaphor) of his magnificent edifice of Eudaemonics»<sup>60</sup> ed è soggetta al test ultimo del principio utilitarista.

Collocando, però, più precisamente la teoria del diritto all'interno della nomenclatura enciclopedica benthamiana, emergono indicazioni ancora più interessanti per il lettore moderno sul rapporto che il filosofo inglese stabilisce tra la descrizione del materiale giuridico e la sua valutazione «censoria». Infatti, per Bentham la *ensorial jurisprudence* equivale all'*art of legislation*<sup>61</sup>. Si tratta, quindi, del lato pratico e applicativo della *science of legislation*. Inoltre, come risulta dall'*Essay on Nomenclature and Classification*, la *art-and-science of legislation* (cioè, tanto la giurisprudenza espositiva quanto quella censoria) è una sottosezione dell'etica<sup>62</sup>. Questa, per Bentham, si suddivide in etica «semplicemente espositiva» (anche detta *exegetic ethics*) ed etica «censoria», che è anche chiamata (come si è detto) «Deontologia» (*Deontology*). Quest'ultima è, in termini moderni, l'etica normativa, o «conoscenza riguardante ciò che è *appropriato fare*»<sup>63</sup>. La separazione tra il compito del censore e quello dell'espositore, all'interno

---

such thing, but only that they ought not to be. Bad as they are, I find no more difficulty in owning them for LAWS than the best I know of» (J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, cit., pp. 54-55).

<sup>59</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Chrestomathia*, cit., pp. 179-181.

<sup>60</sup> X. ZHAI, *Bentham's Natural Arrangement Versus Hart's Morally Neutral Description*, in *Revue d'études benthamiennes*, 10, 2012, p. 8 (<<https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/603>>).

<sup>61</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., pp. 293-294; anche ID., *Of the Limits*, p. 16.

<sup>62</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Chrestomathia*, cit., tavola 5 (*Encyclopedical table, or art and science table*).

<sup>63</sup> *Ibidem*.

della *jurisprudence*, riflette dunque quella tra etica espositiva (o «teorica») ed etica normativa. Inoltre, l'etica normativa o Deontologia diventa, nel caso in cui si applichi alle azioni di chi ha poteri di governo, *art and science of government*; a sua volta, questa si suddivide in *art and science of legislation e of administration*<sup>64</sup>. Tutto quello che, invece, non riguarda il governo in senso lato è *Private Deontology*, etica privata<sup>65</sup>.

Ricapitolando: il compito della giurisprudenza espositiva è, per Bentham, quello di fondare su basi solide – tramite definizioni e tramite una sistemazione «naturale» dei concetti giuridici – la giurisprudenza censoria. All'interno della giurisprudenza espositiva non entrano concetti (che diremmo “normativi”) che non siano riconducibili a una base fattuale-empirica e, inoltre, non entrano *ragioni*; ciò impedisce alla teoria benthamiana di presentarsi come una delle tante versioni di giusnaturalismo<sup>66</sup>. L'essere e il dover essere del diritto restano separati. La separazione, però, non è a livello metafisico, poiché non c'è per Bentham alcun mondo dei valori separato da quello dei fatti. La possibilità di trattazione scientifica della morale discende dalla riduzione di tutti i concetti normativi a fatti naturali; ciò vale anche per il significato di termini come “*ought*” (non solo di termini come “*duty*” e “*obligation*”, definiti su basi probabilistico-sanzionatorie). Infatti, per Bentham chiunque utilizzi espressioni come *ought* e *ought not* sta semplicemente esprimendo la propria approvazione o disapprovazione di certe azioni o stati di cose; vale a dire, sta comunicando che l'idea corrispondente gli risulta piacevole oppure spiacevole<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, ed. A. Goldworth, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 334.

<sup>65</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Deontology*, cit., p. 249.

<sup>66</sup> Una discussione riguardante la possibilità di considerare l'utilitarismo giuridico benthamiano come una forma di giusnaturalismo è in A. PERREAU-SAUSSINE, *Bentham and the bootstrappers of jurisprudence: the moral commitments of a rationalist legal positivist*, in *Cambridge Law Journal*, 63, 2004, pp. 346-383. Perreau-Saussine (che comunque risponde negativamente alla questione) ricorda il giudizio di Joseph Schumpeter, per il quale la teoria di Bentham era solo una delle tante versioni del giusnaturalismo (cfr. *ibidem*, p. 354).

<sup>67</sup> Cfr. J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, cit., p. 496, nota c; anche ID., *Deontology*, cit., pp. 206-207. Per una discussione approfondita delle differenze tra l'analisi benthamiana di “obbligo” o “dovere” e quella di “*ought*”, sia consentito rinviare a F. FERRARO, *L'utilitarismo benthamiano: una morale senza obblighi?*, in I. BELLONI, P. CALONICO (a cura di), *Un dialogo su Jeremy Bentham: Etica, diritto, politica*, ETS, Pisa, 2023.

## 6. La teoria del diritto utilitarista e la “legge” (?) di Hume

Alla luce di quanto esposto, possiamo confrontare il modello di teoria del diritto utilitarista proposto da Bentham con alcune osservazioni di Luzzati sul metodo giuridico e sul ruolo del giurista; in particolare, con la scelta metateorica di quest'ultimo a favore di un giuspositivismo *critico*, che si distacchi sia dalle illusioni settecentesche di quello che chiama «illuminismo ingenuo», sia dai dogmi ottocenteschi che caratterizzano il mito del “giurista scienziato”. La *utilitarian jurisprudence* sopra delineata si configura, a uno sguardo moderno, come caratterizzata da: 1) un accostamento *giusrealista* allo studio del fenomeno giuridico; 2) una metaetica *cognitivistica*.

1) Bentham, come si è detto, sostiene la naturalizzazione dei concetti giuridici. Se il realismo giuridico moderno può considerarsi come caratterizzato da naturalismo ontologico, semantico e metodologico<sup>68</sup>, quella del filosofo londinese è una teoria del diritto pre- (o proto-) giusrealista. Infatti, Bentham ritiene: 1. che vi sia un'unica natura, caratterizzata universalmente dalle medesime leggi e che tutto ciò che esiste sia collocato al suo interno (naturalismo ontologico); 2. che ogni affermazione dotata di senso debba poter essere analizzata, direttamente o indirettamente, in termini empirici (naturalismo semantico); 3. che vi debba essere continuità tra i metodi, o tra i risultati, della teoria del diritto e quelli delle scienze naturali (naturalismo metodologico).

2) Allo stesso tempo, Bentham sostiene che il principio di utilità o di massima felicità – il quale, com'è noto, non è per lui suscettibile, né bisognoso, di prova o fondazione<sup>69</sup> – è l'architrave di tutte le attività umane, sia pratiche, sia teoriche e conoscitive; è la chiave di spiegazione dell'intera esperienza umana, nonché l'unica possibile base razionale di ogni valutazione e prescrizione. Grazie al *greatest happiness principle*, è possibile concepire una scienza della morale, della quale la scienza della legislazione è una branca. La scienza diventa «arte» quando le conoscenze acquisite sono applicate per riformare la realtà, portando ciò che è a coincidere con ciò che dovrebbe essere.

Ne *L'interprete e il legislatore*, Luzzati distingue tra giuristi analitici e sintetici. I primi accolgono, a livello metateorico, quattro distinzioni fon-

---

<sup>68</sup> Cfr. T. SPAAK, *Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences*, in M. DAHBERG (ed.), *De Lege, Uppsala-Minnesota Colloquium: Law, Culture and Values*, Iustus, Uppsala, 2009.

<sup>69</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., pp. 13-16.

damentali: 1. quella tra definizioni e proposizioni; 2. quella tra contesto di decisione e contesto di giustificazione; 3. quella tra prescrizioni e descrizioni; 4. quella tra linguaggio e metalinguaggio. I giuristi sintetici, invece, negano la rilevanza fondamentale di tali distinzioni<sup>70</sup>. A quale delle due categorie appartiene Bentham? Porre tale questione per il fondatore riconosciuto dell'*analytical jurisprudence* potrebbe sembrare ozioso; eppure la risposta, anche alla luce delle osservazioni qui presentate, è tutt'altro che scontata. In primo luogo, le definizioni benthamiane hanno (come si è detto) molto della definizione reale, nel senso di presentarsi in qualche senso come "vere" e, dunque, come non distinguibili dalle proposizioni (le quali hanno valore di verità). Tuttavia, esse sono al tempo stesso definizioni nominali, nella misura in cui si presentano come parzialmente stipulative: precisano e innovano la regola d'uso di certi termini, sulla base di considerazioni di utilità scientifica; quando, per esempio, Bentham definisce "(a) law" oppure "duty", egli vuole sostituire usi inadeguati (confusi e ingannevoli) con altri usi, che ritiene invece adatti a donare precisione e perspicuità alla comunicazione. In secondo luogo, Bentham distingue tra contesto di decisione e di giustificazione in quanto (d'accordo con quanto spiega Luzzati a proposito di questa distinzione)<sup>71</sup> distingue tra motivi e ragioni, o meglio: tra ragioni esplicative e giustificative. Tra l'altro, i motivi per cui un'azione è stata compiuta possono essere disparati, ma una sola è la ragione per cui essa *dovrebbe* essere compiuta (ossia, per cui è meritevole di approvazione): la sua utilità o contributo alla maggiore felicità del maggior numero<sup>72</sup>.

La terza distinzione, quella tra descrizioni e prescrizioni, è più difficile da applicare direttamente al pensiero benthamiano e richiede un approfondimento. Bentham distingue tra prescrizioni (ma sarebbe meglio dire: valutazioni) e descrizioni e non ritiene affatto che si possano derivare logicamente le une dalle altre, o un *ought* da un *is*. Questo perché *ought* esprime un giudizio di approvazione morale derivante dal sentimento interno di chi parla, mentre *is* fa riferimento a dati di fatto esterni, empiricamente accer-

---

<sup>70</sup> Cfr. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., pp. 106 ss. Luzzati riconosce comunque che ci si può mostrare analitici per qualcuno soltanto di questi aspetti e non per tutti e quattro, sebbene le distinzioni in questione tendano a sostenersi a vicenda (cfr. *ibidem*, p. 108).

<sup>71</sup> Cfr. *ivi*, pp. 112-117.

<sup>72</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., pp. 32-33. Peraltro, un tratto distintivo dell'utilitarismo benthamiano è proprio quello di separare completamente la spiegazione dei motivi o moventi delle azioni umane dalla loro valutazione morale, che dipende dalle conseguenze. I motivi o moventi (che non vanno confusi con le *intenzioni*) sono moralmente neutri: non vi sono motivi in sé e per sé buoni, né cattivi.

tabili e, in un certo senso, “pubblici”. Tuttavia, l’unico principio in grado di rendere pubblici anche i fondamenti del giudizio di approvazione morale – il principio di utilità – è la base di giudizi valoriali che si pretendono oggettivi poiché fondati su caratteristiche fattuali empiricamente accertabili. Dunque, come si è detto, Bentham adotta una metaetica cognitivista. Allora: si possono distinguere concettualmente prescrizioni e descrizioni, a suo parere? Se la distinzione tra enunciati descrittivi e prescrittivi consta del fatto che «i primi esprimono proposizioni vere o false, mentre i secondi non assumono alcun valore di verità»<sup>73</sup>, allora bisognerebbe dire che per Bentham il principio di utilità permette di rendere *veri* i giudizi di valore, ancorandoli a dati fattuali empiricamente accertabili<sup>74</sup>. La distinzione *semantica* tra prescrizioni e descrizioni, fondata sulla presenza o assenza di un valore di verità, non è abbracciata da Bentham. Allo stesso tempo, però, egli riconosce che la logica delle prescrizioni è diversa da quella delle descrizioni: nei suoi termini, è una logica della «volontà» («*logic of the will*») distinta dalla logica della «comprensione» (*understanding*)<sup>75</sup>, poiché si tratta delle leggi che governano due distinte facoltà della mente umana.

Bentham, però, aveva letto Hume e conosceva bene il noto *is-ought paragraph* del terzo libro del *Treatise*. Infatti, il filosofo inglese considerava «di cardinale importanza» l’ammonimento del filosofo scozzese a distinguere sempre tra *is* e *ought*<sup>76</sup>. Tale ammonimento però era inteso non come una legge – la “legge di Hume” – bensì, in modo più fedele alle intenzioni di Hume stesso<sup>77</sup>, come una prescrizione metodologica da seguire quando ci si vuole occupare di etica. Chi non l’aveva seguita, come (secondo Bentham) Grozio e Pufendorf, si era trovato a muoversi nel campo dell’etica e del diritto come dentro «a labyrinth without a clue»<sup>78</sup>. Luzzati ricorda come la c.d. “legge di Hume” possa essere «concepita in vari modi: come una regola logico-linguistica, come un principio metafisico [...] o,

<sup>73</sup> Cfr. C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore*, cit., p. 117.

<sup>74</sup> Cfr. J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, cit., p. 492.

<sup>75</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., p. 8.

<sup>76</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Chrestomathia*, cit., p. 275 nota a.

<sup>77</sup> Cfr. E. LECALDANO, *Hume e la nascita dell’etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1991, pp. 173-181.

<sup>78</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Chrestomathia*, cit., p. 275 nota a. Sulla conoscenza approfondita che Bentham aveva della metafisica e dell’etica humeane, così come sulla sua critica di queste, cfr. il recente Y. ZHANG, *Jeremy Bentham on David Hume: “Having Enter’d into Metaphysics,” but “Having Lost His Way”*, in *Open Philosophy*, 6, 2023 (<<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/opphil-2022-0262/html>>).

infine, come un impegno metaetico a compiere scelte libere e responsabili». Ebbene, Bentham la intende evidentemente nel primo senso, poiché, come si è visto, ritiene che non si possa giungere per via puramente logica da premesse descrittive a conclusioni prescrittive, o viceversa; certamente non la intende nel secondo senso, poiché non esiste per lui alcun mondo dei valori separato da quello dei fatti, o proprietà morali non-fattuali. Quanto al terzo senso, l'idea (che Luzzati condivide con Scarpelli) di un impegno metaetico a compiere scelte libere – ossia, ad assumersi la responsabilità dei valori che si adottano “nel vuoto”, senza una fondazione esterna – sarebbe chiaramente, per Bentham, priva di senso. L'etica è per lui una realtà sociale e collettiva; le scelte etiche vanno giustificate e le uniche giustificazioni accettabili sono quelle che fanno riferimento, in ultima istanza, al *greatest happiness principle*. Ogni altra scelta è indifendibile o presuppone, in realtà, quello stesso principio<sup>79</sup>. Del resto, proprio il principio utilitarista permette, secondo Bentham, la convivenza di scelte valoriali diverse all'interno della società, nella misura in cui le preferenze morali di tutti siano soddisfatte senza un costo preponderante in termini di sofferenze altrui (costo che gli intolleranti e i fanatici sono sempre disposti a far pagare agli altri). Infine, come si è detto, Bentham intende la (c.d.) legge di Hume in un quarto senso: come una prescrizione metodologica, rivolta a chiunque voglia scrivere di etica e di diritto, il cui contenuto è quello di separare il ruolo dell'espositore da quello del censore.

Probabilmente, la chiave di lettura dell'etica e della metaetica benthamiana è data dal fatto che il principio di utilità o di massima felicità ha uno statuto *metaetico* e *prescrittivo*, prima ancora che direttamente etico-normativo nei confronti delle azioni umane: in altre parole, esso prescrive come utilizzare i termini etici e su cosa basare i giudizi di approvazione e disapprovazione morale, prima ancora di dirigere la condotta umana (pubblica e privata)<sup>80</sup>. Peraltro, il fatto che l'utilitarismo benthamiano si offra

---

<sup>79</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., pp. 17-33, dove Bentham difende il principio contro possibili principi rivali; anche ID., *Deontology*, cit., pp. 163-165.

<sup>80</sup> Riconosce la doppia natura del principio (metaetica ed etico-normativa) P.J. KELLY, *Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 15-16. Invece, Francesco Fagiani attribuisce una natura esclusivamente metaetica al principio; a suo parere, Bentham è legato a premesse non-cognitiviste e sembra rassegnato all'impossibilità di fondare razionalmente i criteri etici. Il suo principio di utilità sarebbe quindi destinato a guidare il legislatore come principio metaetico in grado di mantenere sullo stesso piano tutte le diverse preferenze morali individuali, considerate tutte espressioni del sentimento, prive di fondamento razionale. Il legislatore quindi non può che accordare a tutte le preferenze lo stesso peso e deve tenerle tutte in conto per arrivare alla maggior soddisfazione

come un'etica pubblica estremamente accogliente, che fornisce un terreno comune sul quale confrontare numerose ed eterogenee posizioni (e preferenze) morali, dovrebbe mettere in guardia contro l'errore di considerare l'oggettivismo metaetico come condizione necessaria e sufficiente di posizioni etiche intolleranti e illiberali. Del resto, vale anche il contrario: una metaetica non-cognitivistica e relativista non conduce affatto di necessità a un'etica liberale. Luzzati stesso, seguendo Scarpelli, rileva come, pur essendo la metaetica relativista più solidale (i.e. più compatibile) con un'etica liberale, certamente non può *fondarla*: si tratta di due livelli di discorso diversi, le cui reciproche interazioni sono tutt'altro che necessitanti o vincolanti (nel senso che a una certa etica non corrisponde necessariamente una determinata metaetica, o viceversa)<sup>81</sup>.

Infine, la quarta distinzione che Luzzati attribuisce ai giuristi analitici, ossia quella tra linguaggio e metalinguaggio, appartiene a Bentham nella misura in cui la sua teoria del diritto s'interpreta come *metagiurisprudenza prescrittiva*: essa non si limita a scopi di chiarificazione, ma è intesa a riformare il linguaggio del diritto, rendendolo chiaro e comprensibile anche al pubblico non avvezzo al gergo legale dei giuristi di *common law*.

### 7. Alcune conclusioni. Un positivismo giuridico eccentrico, ma modernissimo

In conclusione, quali insegnamenti possono essere tratti dal caso della *utilitarian jurisprudence* benthamiana?

1) In primo luogo, il fatto che Bentham offra ridefinizioni di concetti giuridici fondamentali, allo scopo di costruire una scienza del diritto e della legislazione, rende difficile applicare direttamente la distinzione tra definizioni reali e definizioni nominali. Le definizioni di “(a) law” o di “obligation”, per esempio, sono chiaramente innovative rispetto agli usi comuni e, allo stesso tempo, sono presentate come definizioni *corrette*, ossia adeguate agli

---

complessiva. Cfr. F. FAGIANI, *L'utilitarismo classico: Bentham, Mill, Sidgwick*, Liguori, Napoli, 1999, pp. 35-41. Ho sostenuto la natura primariamente (anche se non esclusivamente) metaetica del *greatest happiness principle* in F. FERRARO, *L'utilitarismo benthamiano*, cit.: il principio prescriverebbe anzitutto come orientare i giudizi morali e non sarebbe fonte diretta di obblighi e divieti.

<sup>81</sup> Cfr. C. LUZZATI, *La politica della legalità: il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 75-78: «[...] nessuna conclusione pratica è necessitata dal fatto estrinseco che si eviti di fondare le proprie scelte sulla natura delle cose o su una ragione ultima; in particolare nulla garantisce che una metaetica liberale porti a scelte conformi alla dottrina liberale».

scopi di chiarificazione dei concetti giuridici e di riduzione a fatti naturali delle misteriose entità di cui il diritto sembra pullulare.

2) Inoltre, una metaetica cognitivista non si traduce automaticamente in una dottrina giuridica di stampo giusnaturalista. Sebbene il giusnaturalismo, in tutte le sue versioni, sia sempre configurabile come una teoria del diritto che presuppone il cognitivismo e l'oggettivismo metaetico<sup>82</sup>, contrapposta al relativismo<sup>83</sup>, non vale il contrario, poiché cognitivismo e oggettivismo non conducono necessariamente al giusnaturalismo. Bobbio stesso osservava che «[i]l giusnaturalismo è uno dei modi ricorrenti con cui viene presentata una teoria oggettivistica dell'etica»<sup>84</sup>: in altre parole, *un* modo possibile di presentare l'oggettivismo è quello di considerare che il dover essere del diritto valido (la normatività giuridica) presuppone il dover essere della morale (la normatività morale). È però perfettamente possibile presupporre una metaetica oggettivistica e, al tempo stesso, negare vincoli concettuali tra il diritto com'è (considerato nei suoi contenuti e nelle sue forme) e il dover essere della morale. Del resto, è tranquillamente concepibile anche il contrario: presupporre una metaetica relativista e sostenere, al contempo, che il diritto è concettualmente legato alla morale (per esempio, affermando che il ragionamento giuridico è una forma di ragionamento morale).

3) Un modello di teoria del diritto come quello benthamiano presuppone una figura di giurista utilitarista che, sebbene “scienziato” – in un senso diverso da quello della figura di giurista-scienziato criticata ripetutamente da Luzzati<sup>85</sup> – non deve mai dimenticare i presupposti valoriali e il senso complessivo della propria impresa intellettuale. La teoria del diritto è anzitutto *scienza della legislazione* orientata a scopi pratici di riforma. Come Luzzati stesso osserva, la scienza della legislazione «generalmente si risolve nell'elaborazione di tecniche legislative e nella valutazione della loro efficienza», intendendo con “tecnica” «ogni schema (o modello ripetibi-

---

<sup>82</sup> Cfr. per es. U. SCARPELLI, C. LUZZATI, voce *Filosofia del diritto*, in P. ROSSI (a cura di), *La filosofia*, vol. I, Utet, Torino, 1995, p. 238.

<sup>83</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pref. di L. Ferrajoli, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 185.

<sup>84</sup> Ivi, p. 143.

<sup>85</sup> «[I]n concomitanza all'emergere del mito del progresso tecnico-scientifico, il giuspositivismo ottocentesco tracciò, a protezione del giurista, ormai assunto al rango di studioso altamente specializzato, una cornice immunizzante di neutralità sulla falsariga della prestigiosa avalutatività attribuita allo scienziato della natura. A tale stregua si disse che la giurisprudenza si occupava del diritto qual è, e non del diritto quale deve essere, e che, pertanto, essa si distingueva nettamente dalla politica e dall'impegno morale» (C. LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., p. 30).

le) di attività che si ponga come *mezzo* per conseguire un *fine*»<sup>86</sup>. La scienza della legislazione benthamiana è inseparabile dalla corrispondente arte; il compito del giurista utilitarista come scienziato del diritto è inseparabile dalla sua attività tecnica, che deve essere orientata alla redazione di leggi, il *legal drafting*. Le tecniche di redazione, d'altro canto – come ammonisce Luzzati – non sono mai neutre, ma presuppongono una base valoriale forte che, nel caso di Bentham, è ovviamente il *greatest happiness principle*.

4) Quest'ultimo punto, peraltro, rinvia al ruolo fondamentale che il giurista utilitarista deve svolgere nel ruolo di aiutante del legislatore, occupandosi quindi del diritto non soltanto come qualcosa di già dato, ma anche come qualcosa da costruire. Non vale il presupposto di un legislatore sempre buono o razionale, da utilizzare quale fondamento dogmatico per l'interpretazione delle leggi<sup>87</sup>; non vale neppure l'idea, tipica del positivismo giuridico continentale, che il ruolo del giurista debba essere quello di studiare soltanto il diritto già posto e di non immischiarsi in questioni, in senso lato, politiche (pena la sua perdita di neutralità e il venir meno del ruolo di scienziato del diritto). La *science of legislation* benthamiana, invece, richiede di esercitare l'analisi e la sistemazione dei concetti giuridici, avendo sempre in vista l'esercizio della pratica legislativa per fini utilitaristi. La scientificità del lavoro del giurista non dipende quindi dall'ignorare ogni questione *de lege ferenda*, ma piuttosto consiste nel preparare al meglio, nel ruolo di "espositore", il terreno al "censore". Dunque, la *utilitarian jurisprudence* di Bentham sembra offrire un quadro metateorico più ospitale per i moderni studi di "legisprudenza" – intesa come quel ramo della teoria del diritto che si concentra sulla legislazione<sup>88</sup> – rispetto invece a prospettive giuspositivistiche più anguste<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., p. 536.

<sup>87</sup> Sulla tesi dogmatica del «buon legislatore», caratteristica del giuspositivismo teorico di matrice ottocentesca, cfr. N. BOBBIO, *Le bon législateur*, in *Le raisonnement juridique: actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale: Bruxelles, 30 aout-3 septembre 1971*, publiés par Hubert Hubien, Emile Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 248 ss.

<sup>88</sup> Cfr. L.J. WINTGENS, *Legislation as an object of study of legal theory: legisprudence*, In: L.J. WINTGENS (ed.) *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, Hart, Oxford, 2012, p. 10.

<sup>89</sup> Per un'argomentazione più estesa a supporto di quest'ultima affermazione, mi sia consentito rinviare a F. FERRARO, *A Genius for Legislation: Bentham's 'Art and Science' of Legislation and Modern Legisprudence*, in P. SCHOFIELD, X. ZHAI (eds.), *Bentham on Democracy, Courts, and Codification*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2022, pp. 214 ss. Occorre, però, precisare che la figura di giurista che Bentham ha in mente non è propriamente quella del dogmatico (che non è compatibile con il suo progetto di "codificazione completa" del diritto)

5) Infine, scelte teoriche come quella, fondamentale, di separare lo studio del diritto com'è da quello di come il diritto dovrebbe essere, così come le scelte (ri-)definitorie del vocabolario giuridico (che includono la ricostruzione imperativista delle *laws* e quella probabilistico-sanzionatoria degli obblighi), sono sempre in Bentham dotate di valore morale: sono soggette, infatti, al giudizio utilitarista basato sulle loro conseguenze. Il *test* ultimo di funzionamento del metodo di ogni scienza è sempre il *greatest happiness principle* e ciò vale, ovviamente, anche per la teoria del diritto. Com'è stato osservato da Schofield, Hart ha frainteso completamente il carattere della *utilitarian jurisprudence* benthamiana, assimilandola alla propria versione di positivismo giuridico, consistente invece nel tentativo di offrire una descrizione moralmente neutra del diritto. Tuttavia, Hart stesso riconosce che quella di tenere distinto il diritto dalla morale è una scelta, giustificata dalla chiarezza che apporta al ragionamento giuridico: questo, per Bentham, sarebbe a tutti gli effetti un argomento morale<sup>90</sup>.

Schofield si spinge a sostenere che, anche nella polemica con Ronald Dworkin, Hart avrebbe fatto meglio a raccogliere l'insegnamento del "vero" Bentham per cui il senso dell'analisi linguistica del diritto – come di qualsiasi altro metodo d'indagine – non si riduce alla descrizione di come il mondo giuridico si presenta di fatto, ma è in ultima istanza quello di riformarlo: di portare a coincidenza ciò che è con ciò che dovrebbe essere. Non solo: per Schofield, la *utilitarian jurisprudence* benthamiana non sarebbe affatto una forma di positivismo giuridico<sup>91</sup>. Credo che, sulla prima osservazione, il *General Editor* del Bentham Project abbia ragione. La seconda osservazione, invece, è scorretta o, almeno, parziale, poiché limitata al modello del positivismo hartiano. Senza arrendersi a teorie che confondono il diritto com'è con il diritto come dovrebbe essere (le variegate forme di giusnaturalismo, ma anche la teoria «pre-benthamita» di Dworkin)<sup>92</sup>

---

bensì quella del teorico, dello storico e (diremmo oggi) del sociologo (d'accordo con le varie sfaccettature dell'*expository jurisprudence*: cfr. J. BENTHAM, *An Introduction*, cit., pp. 293-298; ID., *A Comment on the Commentaries*, cit., p. 414).

<sup>90</sup> Cfr. P. SCHOFIELD, *Jeremy Bentham and HLA Hart*, cit., p. 167; H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 49 ss.

<sup>91</sup> Cfr. P. SCHOFIELD, *Jeremy Bentham and HLA Hart*, cit., pp. 166-167.

<sup>92</sup> La felice designazione di Dworkin come *pre-Benthamite*, coniata sul modello di *pre-Raphaelite*, è notoriamente di Neil MacCormick: «[t]he key fact about Dworkin is that he is a pre-Benthamite; the perspective of jurisprudence since Bentham with its insistence on the separation of expository and censorial jurisprudence, legal facts and legal values, he finds as inimical to grasping the truth as did the pre-Raphaelites find that other perspective which they aban-

è possibile comunque abbracciare il positivismo giuridico come una scelta teorica apertamente giustificata sulla base di assunti valoriali. È questa la posizione di Scarpelli ed è anche quella di Luzzati, il quale ha identificato ed esplicitato gli «impegni» metaetici – eticamente motivati – che un giuspositivismo maturo non può non presupporre<sup>93</sup>. Questo genere di approccio giuspositivistico, che non si nasconde dietro un'impossibile neutralità (presuntamente "scientifica"), sembra al giorno d'oggi il più promettente rispetto all'individuazione di un concetto "operativo" di diritto<sup>94</sup>.

---

done in their painting. Dworkin's stated ambition is to restate legal theory in such terms as reunify exposition and censorship» (D.N. MACCORMICK, *Dworkin as Pre-Benthamite*, in *The Philosophical Review*, 87, 1978, pp. 585-607, cit. a p. 586).

<sup>93</sup> Cfr. C. LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., partic. pp. 78-128.

<sup>94</sup> Cfr. per es. il recente F. JIMÉNEZ, *Legal Positivism for Legal Officials*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 36, 2023, pp. 359-386, dove si difende l'adozione di una forma ristretta di positivismo giuridico da parte di giudici, avvocati e altri giuristi di professione, sulla base di considerazioni morali riguardanti le conseguenze dell'utilizzare un certo concetto operativo di diritto (a prescindere dalle differenti posizioni sulla «natura del diritto»).

