

ALDO SCHIAVELLO\*

## Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto

### ENGLISH TITLE

From the Linguistic Turn to the Interpretative Turn: Legal Hermeneutics Compared with Legal Analytical Philosophy

### ABSTRACT

The interpretative turn that characterized the legal philosophical debate in the last decades offers a privileged viewpoint to observe the dispute between legal analytical philosophy and legal hermeneutics. On one hand it is certainly true that the two traditions of thought have actually been converging for many years; on the other, it is worth noting that legal analytical philosophers are struggling to accept the interpretative turn and, as a consequence, to abandon the neutrality thesis peculiar of methodological legal positivism. Looking at the hermeneutics instead, its next step should be that of rejecting the one right answer thesis, with the awareness that it does not necessarily lead to surrender to arbitrary decisionism.

### KEYWORDS

Interpretative Turn – Legal Hermeneutics – Legal Analytical Philosophy – Value – Judgements – Neutrality Thesis.

*Français, Encore un effort  
Si vous voulez être Républicains.  
Sade, La Philosophie dans le boudoir*

### 1. PREMESSA

La «svolta interpretativa» che ha caratterizzato la filosofia del diritto degli ultimi decenni offre un angolo visuale privilegiato dal quale osservare la contrapposizione tra la filosofia giusanalitica e la filosofia ermeneutica del diritto.

\* Professore ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Palermo.

A partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso il dibattito giusfilosofico italiano e anche quello mondiale sono stati caratterizzati, per circa un trentennio, dalla incontrastata egemonia della filosofia analitica.

Circoscrivendo il discorso all'Italia, se, da un lato, si può parlare di un vero e proprio gruppo di filosofi giusanalitici – la cosiddetta «scuola di Bobbio», il cui atto di nascita si fa risalire al celebre saggio di Norberto Bobbio *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* del 1950 –, l'ermeneutica giuridica, dall'altro, si presenta come «[...] una galassia nebulosa senza confini certi e precisi»<sup>1</sup>. È emblematico al riguardo che Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, tra i principali esponenti italiani della prospettiva ermeneutica, nella prefazione del loro fortunato libro *Diritto e interpretazione*, molto letto non solo dai filosofi del diritto ma anche dai giuristi, riconoscono a Bobbio e ai filosofi analitici del diritto di essere stati i primi a sottolineare la rilevanza del linguaggio per la comprensione del diritto<sup>2</sup>.

Oggi, la contrapposizione tra analitici ed ermeneutici in ambito giusfilosofico non occupa più il centro del dibattito e ha perso gli aspetti da derby calcistico che la contraddistinguevano: i toni si sono smussati e, come osserva Zaccaria, tra la filosofia analitica o, meglio, post-analitica, e la filosofia ermeneutica si rileva un «doppio movimento di convergenza»<sup>3</sup>. Per un verso, la filosofia (post-analitica), *a*) ha rinunciato all'esclusività del riferimento atomistico alla proposizione come unità base del linguaggio, *b*) ha abbandonato lo scientismo che era il marchio del neo-positivismo, *c*) ha svincolato la filosofia analitica dalla strettoia della connessione tra significato e verifica empirica e, infine, *d*) ha relativizzato il linguaggio scientifico, collocandolo accanto agli altri universi linguistici e alle forme di vita che loro corrispondono (linguaggio in bianco e nero vs. linguaggio a colori). L'ermeneutica, per altro verso, ha impresso alle proprie formulazioni una crescente linguisticità. Il linguaggio o la lingua non è più soltanto il «medium di accesso al mondo» ma è lo stesso essere che può venire compreso. Scrive Zaccaria: «La *Sache*, la cosa di cui occorre cogliere la realtà e decifrare il senso, si risolve in linguaggio»<sup>4</sup>.

Anche se questa convergenza reciproca è indiscutibile, non bisogna indulgere in tentazioni sincretiche ed è opportuno segnalare che tra la filosofia del diritto analitica e l'ermeneutica giuridica permangono, salvo rare eccezioni,

1. F. Viola, 1994, 64.

2. «Desideriamo, però, rendere omaggio in particolare a Norberto Bobbio e ai filosofi analitici del diritto, che, nell'Italia della seconda metà del Novecento, per primi hanno evidenziato la rilevanza del linguaggio per la comprensione del diritto, anche se con modalità di approcci teorici e sulla base di presupposti filosofici spesso non condivisi dagli autori di questo volume» (F. Viola, G. Zaccaria, 1999, VI-VII).

3. G. Zaccaria, 1994, 115-20. Tesi simili sono sostenute anche dal fronte giusanalitico. Cfr. M. Barberis, 1994, 152.

4. G. Zaccaria, 1994, 119.

delle radicali divergenze, prevalentemente a livello metodologico ed epistemologico.

Tali divergenze ruotano intorno alla indisponibilità da parte dei giusanalitici a rinunciare alla tesi della neutralità, peculiare del giuspositivismo metodologico. Tale tesi metodologica sostiene che il compito della scienza giuridica è quello di descrivere il diritto in modo avalutativo o, almeno, nelle versioni più recenti e liberalizzate, senza ricorrere a valutazioni morali<sup>5</sup>.

Prima di approfondire questo punto, è bene precisare che uso il sintagma «scienza giuridica» in una accezione ampia, capace di ricomprendere tutte quelle attività che si presentano, a diverso titolo, come ricostruzioni del diritto. Ciò non impedisce di operare alcune distinzioni nell'ambito della scienza giuridica e, tra queste, una distinzione imprescindibile è quella tra «filosofia del diritto» e «teoria del diritto» da un lato e «dottrina» e «dogmatica» dall'altro. La filosofia e la teoria del diritto includono le indagini sul diritto che non riguardano uno specifico diritto positivo e uno specifico ordinamento giuridico ma una pluralità di ordinamenti; in alcuni casi, le indagini teoriche sul diritto e, ancor di più, quelle filosofiche si pongono ad un livello tale di generalità da includere tutti i sistemi giuridici. La dogmatica (o dottrina) racchiude invece tutti i discorsi che hanno a oggetto porzioni di un determinato ordinamento giuridico, se non addirittura singole disposizioni normative, al fine prevalente di attribuire a esse uno specifico significato, anche in vista del loro uso da parte dei giuristi pratici. È evidente che le prospettive filosofiche sul diritto influenzino – che se ne sia consapevoli o meno – le indagini dottrinali le quali, a loro volta, contribuiscono alla costruzione di concezioni generali del diritto. Quella tra filosofia del diritto e dottrina è dunque una distinzione fluida, che non ammette confini precisi né consente di affermare che i diversi ambiti della scienza giuridica siano tra loro indipendenti. Ciò rende plausibile un discorso sulla scienza giuridica che metta tra parentesi le differenze – per molti versi interessanti e da non sottovalutare – tra i diversi livelli in cui la scienza giuridica si articola. È anche questo il senso, ritengo, dell'affermazione di Letizia Gianformaggio che «un giurista privo di consapevolezza critica (che

5. Come accade in ogni tradizione di ricerca filosofica, anche nel caso della filosofia del diritto analitica è presente una minoranza eterodossa. Circoscrivendo il discorso all'Italia, è opportuno ricordare almeno Uberto Scarpelli e Vittorio Villa. Il primo, tra i fondatori e tra i più prestigiosi esponenti della «scuola di Bobbio», sin dagli anni Sessanta del secolo scorso sostiene, in opposizione a Bobbio, che l'opzione per il positivismo metodologico non è logicamente indipendente dall'ideologia del positivismo giuridico e, dunque, da assunzioni valutative in senso forte. Villa elabora invece una prospettiva costruttivista di epistemologia giuridica che nega la possibilità di una conoscenza puramente descrittiva e avalutativa del diritto. Villa ritiene, più precisamente, che la conoscenza del diritto non possa prescindere da valutazioni morali sul diritto. Cfr. almeno U. Scarpelli, 1965 e V. Villa, 1984. Per una ricostruzione dei presupposti epistemologici del positivismo giuridico di Scarpelli cfr. eventualmente A. Schiavello, 2004.

null'altro, in definitiva, produce la filosofia) non è "solo un giurista": è semplicemente un cattivo giurista, mentre un filosofo del diritto che non studi il diritto non è un "mero filosofo del diritto": semplicemente non è un filosofo del diritto»<sup>6</sup>. Anche alla luce di queste osservazioni, uso qui «giurista», in modo volutamente ampio, per denotare tutti coloro che, a diverso titolo, si occupano professionalmente della conoscenza giuridica. Infine, l'espressione «scienza giuridica» è usata senza alcuna prosopopea e come sinonimo di «conoscenza giuridica». È lo stesso Bobbio peraltro a riconoscere che il problema della scientificità della giurisprudenza è «più verbale che reale»<sup>7</sup>.

La tradizione giusanalitica ortodossa, che è caratterizzata da una fiducia granitica sulla rigidità di alcune distinzioni, non può certo riconoscersi nella impostazione tratteggiata in premessa. Per questa tradizione giusfilosofica sia la scienza giuridica sia il diritto sono discorsi, ma discorsi diversi. Il diritto è un insieme di norme (ciò vale evidentemente anche per una prospettiva giusrealista moderata), quindi si tratta di un discorso composto prevalentemente da enunciati in funzione prescrittiva. La scienza giuridica è un meta-linguaggio descrittivo che ha a oggetto il linguaggio prescrittivo del diritto. La scienza giuridica esprime (deve esprimere) proposizioni concernenti il diritto. A questi due livelli di linguaggio se ne aggiunge un terzo, che è quello della epistemologia giuridica la quale, avendo a oggetto la scienza giuridica, può essere caratterizzata come un meta-meta-linguaggio. Secondo questa impostazione, la meta-giurisprudenza è prescrittiva, nel senso che prescrive alla giurisprudenza di descrivere. Questa conclusione segna una distanza problematica (per chi accoglie questa prospettiva) tra l'epistemologia giuridica e l'epistemologia delle scienze naturali. Quest'ultima infatti si limita a descrivere come le scienze producono conoscenza. L'epistemologia giuridica non descrive quello che fanno i giuristi, ma dice loro quello che dovrebbero fare (e perlopiù non fanno). Questa difformità può essere spiegata osservando che «la meta-scienza non può descrivere il modo in cui la scienza giuridica produce delle conoscenze sul diritto se il discorso sul diritto non si presenta esso stesso come un insieme di conoscenze. Non si può fare meta-scienza se non sopra un discorso che abbia il carattere di scienza. In fin dei conti, non è che l'epistemologia giuridica davvero prescriva di descrivere: ciò che essa fa è indicare i caratteri che una scienza del diritto dovrebbe avere se fosse costruita sulla base di un modello ispirato a quello delle scienze naturali»<sup>8</sup>.

Il problema – che nessuno nega, neanche tra i giusanalitici – è che il discorso giuridico è parzialmente indeterminato. Ciò implica che il più delle volte da

6. L. Gianformaggio, 2008, 28. Sulla impossibilità di considerare la filosofia del diritto una disciplina separata rispetto agli altri ambiti del sapere giuridico cfr. anche N. Lacey, 2012.

7. N. Bobbio, 1997, 34.

8. M. Troper (2003), trad. it. 2003, 25-6.

una disposizione è possibile trarre più norme. Al fine di mantenere la distinzione tra il diritto (linguaggio oggetto) e la scienza giuridica (meta-linguaggio), quest'ultima deve occuparsi a) di «interpretazione cognitiva», vale a dire di registrare tutte le possibili norme che possono scaturire da una disposizione e b) di individuare e descrivere l'«interpretazione vigente» di una disposizione (qualora esista). Secondo questa prospettiva, buona parte dell'attività posta in essere dai giuristi non può essere considerata un meta-linguaggio rispetto al diritto ma si confonde con il linguaggio stesso del diritto. La dottrina, più che descrivere il diritto, lo modella, sia scegliendo una tra le possibili norme ricavabili da una disposizione per via interpretativa, sia producendo nuove norme inesprese. Per questa ragione, quando il giurista propone una interpretazione decisoria o formula nuove norme, non si pone al livello meta-linguistico ma al livello del linguaggio oggetto. La maggior parte di quello che fanno i giuristi non può dunque essere ricondotto alla scienza giuridica, a meno di non intendere quest'ultima in senso lato: la «vera» scienza giuridica è quella che descrive il diritto. La scuola giusanalitica italiana si rifiuta dunque di considerare come «vera» scienza giuridica alcune attività che quasi tutti considerano casi paradigmatici di scienza giuridica. Questo non è un argomento decisivo contro questa concezione eccessivamente esigente della scienza giuridica, ma è certamente un punto che dovrebbe indurre qualche riflessione.

Una obiezione più acuminata è quella che mette in dubbio che sia possibile distinguere tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria: «[...] è illusorio concepire qualcosa come una interpretazione cognitiva che censisca tutte le interpretazioni decisorie rese dagli interpreti, senza che tale censimento sia guidato da criteri sostanziali di ragionevolezza [...] o anche da criteri giuridico-sapenziali»<sup>9</sup>.

Una prospettiva metodologica «neutralista» è presupposta ad esempio anche dal cosiddetto neocostituzionalismo giuspositivista e garantista di Luigi Ferrajoli<sup>10</sup>. Un elemento centrale del giuspositivismo di Ferrajoli è una concezione della validità giuridica che si ripromette di mantenere la separazione tra diritto e morale: una questione è la validità di una norma, altra la sua correttezza morale e la sua giustizia. Tale versione non riduzionista della validità stride però con le ben note riflessioni di Ferrajoli sul mutamento che il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale avrebbe prodotto, a suo dire, sulla nozione giuspositivista di validità. Nello stato costituzionale, alla validità formale o vigore si aggiunge anche una dimensione sostanziale che Ferrajoli denomina validità in senso pieno o validità materiale. La validità formale

9. G. Pino, 2013, 87.

10. Cfr. L. Ferrajoli, 2013. Sul punto, seguo la ricostruzione critica del pensiero di Ferrajoli avanzata in G. Pino, 2014, 77-87, a cui rimando anche per i riferimenti puntuali all'opera di Ferrajoli. Per una incisiva presentazione delle tesi di Ferrajoli, cfr. A. García Figueroa, 2005.

presuppone il rispetto delle meta-norme procedurali e di competenza relative alla produzione della legge, mentre la validità sostanziale richiede che vi sia coerenza e compatibilità tra le norme infra-costituzionali e le norme costituzionali che, secondo Ferrajoli, sono principi etico-politici. L'accertamento della validità sostanziale impone che si ponga in essere una attività interpretativa complessa che riguarda sia la disposizione infracostituzionale sia quella costituzionale e il cui esito sarà la produzione della norma  $N_1$  (infracostituzionale) e  $N_2$  (costituzionale) nonché la valutazione circa la coerenza e la compatibilità tra queste due norme. Questa complessa attività interpretativa che coinvolge – è bene ribadirlo – principi etico-politici, chiama in causa valutazioni sostanziali che «contrariamente a quanto afferma Ferrajoli, non possono essere di tipo prettamente ed esclusivamente giuridico, ma saranno anche – e necessariamente – di carattere etico-politico: proprio perché etico-politica è la sostanza delle norme in considerazione»<sup>11</sup>. Il proposito di tenere ben separati il linguaggio-oggetto del diritto dal meta-linguaggio della scienza giuridica sembra dunque, anche in questo caso, difficilmente realizzabile.

*Mutatis mutandis*, un approccio metodologico di questo tipo è condiviso anche dalla migliore *analytical jurisprudence* anglosassone. I seguaci di Herbert Hart, e Hart stesso nel *Poscritto*, riconoscono la centralità della «prospettiva morale» rispetto alle altre manifestazioni epifenomeniche di accettazione del diritto. In altri termini, essi sono disposti a riconoscere che vi sia quella «connessione necessaria» tra diritto e morale rappresentata dal fatto che l'esistenza del diritto presuppone che qualcuno tra i partecipanti ritenga quel diritto giusto. Hart e i suoi seguaci tuttavia sono convinti che il fatto che alcuni tra i partecipanti credano che il diritto sia giusto non produca alcuna conseguenza diretta sulla tesi secondo cui l'individuazione del diritto sia una mera questione di fatto. Insomma, «la descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione»<sup>12</sup>. L'argomento, in breve, è il seguente: il fatto che i partecipanti, o alcuni tra essi, siano convinti che il proprio sistema giuridico sia fondato su principi morali corretti non è una base solida a sostegno della tesi della connessione concettuale tra diritto e morale. Tale argomento, infatti, mostra semplicemente che coloro i quali sono giuridicamente obbligati a porre in essere un determinato comportamento credono di essere obbligati anche moralmente. Il medesimo argomento, tuttavia, non impedisce di predicare, al tempo stesso, l'esistenza di un sistema giuridico e la sua immoralità. In altri termini, la caratterizzazione in senso forte del punto di vista interno non è avvertita da Hart e dai giuspositivisti hartiani come un'insidia per la tesi della neutralità. Il fatto che tra i compiti del giurista (in senso ampio) vi sia quello di riconoscere il «punto di vista morale»

11. G. Pino, 2014, 84.

12. H. Hart (1961), trad. it. 2002, 314.

del partecipante e di renderne conto, non implica che il giurista abbandoni una prospettiva «distaccata» e non compromette l'immagine del «lavoro teorico come una impresa *value-free*»<sup>13</sup>. Ciò che Hart e i suoi epigoni sembrano sottovalutare è che l'accordo tra i partecipanti su ciò che è e ciò che non è diritto – accordo che si manifesta attraverso comportamenti ed atteggiamenti convergenti – sotto-determina le norme effettivamente accolte da ciascuno dei partecipanti. Gli stessi criteri di riconoscimento sono sotto-determinati dai comportamenti e dagli atteggiamenti convergenti dei partecipanti e dei giudici in particolare. Ciò implica che l'individuazione del diritto non possa consistere in una mera «registrazione» del comportamento dei partecipanti ma richieda da parte dello studioso una presa di posizione che renda conto della credenza dei partecipanti che ritengono il diritto moralmente corretto o, per usare l'espressione di Robert Alexy, della ineludibile pretesa di correttezza avanzata dal diritto. Per dirla con Zaccaria: «la positività [...] non può certo prescindere dai documenti legislativi, ma in essi non si lascia neppure completamente concludere»<sup>14</sup>.

Anche la teoria dell'interpretazione giuridica di Hart è emblematica in relazione all'ossessione della prospettiva giusanalitica per la neutralità. Hart ambisce a tracciare una via intermedia tra formalismo e anti-formalismo interpretativo. Il linguaggio giuridico, come ogni linguaggio naturale, ha una struttura aperta. Ciò comporta, secondo Hart, che alcune fattispecie ricadano senz'altro dentro l'area di applicazione della norma giuridica; vi sono però altre fattispecie che si collocano in una zona di penombra e rispetto ad esse si può discutere se la norma si applichi o meno. Secondo questa teoria, l'attività interpretativo/applicativa sarebbe sia un'attività squisitamente cognitiva (con riguardo ai casi facili) sia un'attività creativa e discrezionale (con riguardo ai casi difficili). Attraverso la distinzione tra casi facili e difficili Hart ritiene di avere offerto una spiegazione convincente di come il diritto riesca a garantire contemporaneamente i due valori della certezza e della flessibilità. Hart tuttavia sottovaluta un problema: la distinzione tra casi facili e casi difficili non è netta e ciò rende impossibile stabilire con chiarezza in quale punto l'attività interpretativa cessa di essere un'attività cognitiva e si trasformi in un'attività creativa<sup>15</sup>. Questo aspetto problematico della vaghezza in relazione al linguaggio giuridico è colto in modo puntuale da Neil MacCormick: «c'è uno spettro che va dal manifestamente semplice all'estremamente complicato, e, scorrendo tale spettro, non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di “rilevanza”, di “interpretazione” e di “classificazione” in modo da aprire la strada alla possibilità di

13. P. Comanducci, 1998, 11.

14. G. Zaccaria, 1991, 330.

15. Cfr. T. Endicott, 1997.

utilizzare argomenti consequenzialisti e argomenti di principio e analogico»<sup>16</sup>. Anche questa obiezione alla possibilità di distinguere nettamente i casi facili dai casi difficili contribuisce alla crisi dell'idea di una conoscenza giuridica descrittiva e avalutativa e apre le porte alla svolta interpretativa della filosofia del diritto contemporanea.

L'epistemologia giusanalitica più recente, pur proponendo una versione sofisticata e *up to date* della tesi della neutralità, non consente di superare i limiti della versione originaria di tale tesi. Il tentativo più ambizioso in questa direzione è probabilmente quello di Julie Dickson<sup>17</sup>. In breve, Dickson ritiene che sia ingenuo sovrapporre la tesi della neutralità e quella della avalutatività della scienza giuridica. Ritenere che la conoscenza del diritto (come peraltro la conoscenza *tout court*) sia scevra da valutazioni è illusorio; tuttavia, non tutte le valutazioni stanno sullo stesso piano e non tutte le valutazioni sono inammissibili.

Innanzitutto, vi sono valori meta-teorici o epistemici – come, ad esempio, semplicità (o, a seconda dei gusti, complessità), coerenza, chiarezza, completezza, eleganza – che consentono di comparare teorie del diritto diverse. La presenza di siffatti valori che, come mostra la tesi della sotto-determinazione di Duhem e Quine, riguarda ogni ambito della conoscenza, secondo Dickson non imbarazzano affatto il giuspositivismo metodologico.

Un secondo tipo di valori, anche questi ammissibili, riguardano la rilevanza e l'importanza. Per dirla con John Finnis, citato anche da Dickson, «[...] non si può sfuggire all'esigenza teorica che un giudizio di *significatività* e *importanza* si debba compiere se la teoria vuol esser più che un mucchio di ciarpame, di fatti eterogenei descritti con una congerie di linguaggi tra loro incommensurabili»<sup>18</sup>. Oltre a questa «esigenza teorica», che è comune a tutti gli ambiti della conoscenza, vi è un giudizio di rilevanza e importanza che risponde a una «esigenza pratica» e che è peculiare della teoria del diritto. Le caratteristiche di tale giudizio sono esplicitate con grande chiarezza da Joseph Raz:

Il concetto di diritto è parte della nostra cultura e delle nostre tradizioni culturali. Esso ricopre un ruolo nel modo in cui tanto le persone comuni quanto i giuristi interpretano le proprie azioni e quelle altrui. [...] Spetta alla teoria del diritto individuare, elaborare e spiegare le idee centrali e rilevanti inerenti al modo in cui il concetto ricopre il suo ruolo nella comprensione della società da parte degli individui. La teoria del diritto contribuisce sotto questo aspetto ad una comprensione migliore della società. Sarebbe tuttavia un errore concludere [...]

16. N. McCormick (1994), trad. it. 2001, 230.

17. Cfr. J. Dickson, 2001 e 2004. Per una ricostruzione critica della proposta di Dickson, cfr. L. Burazin, 2012.

18. J. Finnis (1992), trad. it. 1996, 17, corsivo nell'originale.



che il successo di una analisi del concetto di diritto si giudica dalla sua fecondità teoretica e sociologica. Affermare questo significa non comprendere che, a differenza dei concetti quali “massa” o “elettrone”, “diritto” è un concetto utilizzato dalle persone per comprendere loro stessi. Non siamo liberi di scegliere qualsivoglia concetto fecondo. Uno dei compiti principali della teoria del diritto è quello di fare progredire la nostra comprensione della società aiutandoci a comprendere come le persone comprendono loro stesse<sup>19</sup>.

L’idea che, come si è detto, è stata originariamente sviluppata da Hart, è che una concezione del diritto non può prescindere dal tenere nel debito conto la prospettiva del partecipante, proprio perché il diritto è una pratica sociale la cui funzione primaria è quella di influire sui comportamenti degli individui. Dopo Hart, è apparso a tutti chiaro che la prospettiva del partecipante non è un blocco monolitico; di conseguenza, lo studioso del diritto deve distinguere tra i casi paradigmatici e casi periferici di partecipante e ciò chiama in causa valutazioni di rilevanza e importanza.

Gli unici giudizi di valore inammissibili per la tesi della neutralità sono dunque i giudizi morali – che Dickson denomina «giudizi di valore diretti» per distinguerli da tutti gli altri che sarebbero «giudizi di valore indiretti» – la cui presenza, in spregio della distinzione benthamiana tra giurisprudenza espositiva e giurisprudenza censoria, confonderebbe il piano dei discorsi sul diritto reale con quello relativo ai discorsi sul diritto ideale. Tuttavia, la convinzione che questi ultimi giudizi di valore siano chiaramente distinguibili dai precedenti è illusoria. Se, come sostengono molti autori, l’aspirazione alla giustizia è una caratteristica insopprimibile del diritto e se ciò implica che il partecipante idealtipico alla pratica giuridica sia chi accetta il diritto per ragioni morali, allora i margini per distinguere le valutazioni di rilevanza e di importanza da quelle morali si assottiglia sino a scomparire. Come riconosce anche Brian Leiter, paladino di una scienza giuridica descrittiva e critico, da questo fronte, del tentativo di Dickson di individuare una via media tra scienza giuridica descrittiva e scienza giuridica prescrittiva: «[...] non esiste uno spazio concettuale tra la *jurisprudence* descrittiva [...] e la concezione normativa della *jurisprudence*»<sup>20</sup>. Su questa linea, ma dall’altro lato della barricata rispetto a Leiter, si colloca anche Villa: «[...] la conoscenza dei valori giuridici non può prescindere dall’intervento di giudizi di valore (di secondo ordine), che hanno la funzione di introdurre ordine e coerenza fra questi elementi di carattere valutativo, ad esempio indicando, al loro interno, quali sono le gerarchie e le priorità da privilegiare. Proprio questa è, a ben guardare, la ragione principale per cui, nell’ambito di esperienza giuridico, la conoscenza dei valori non può

19. J. Raz, 2005, 314-5.

20. B. Leiter, 2003, 40.

risolversi in un accostamento avalutativo a questi oggetti, ma richiede sempre, al contrario, l'intervento di prese di posizione valutative»<sup>21</sup>.

Rispetto al carattere interpretativo della conoscenza giuridica non si può non riconoscere la lungimiranza dell'ermeneutica giuridica.

Il prossimo paragrafo sarà dunque dedicato a ricostruire le tesi di fondo dell'ermeneutica giuridica con particolare riguardo alla versione proposta da Giuseppe Zaccaria. Il terzo paragrafo introduce la versione dworkiniana della svolta interpretativa che, nel suo eclettismo, presenta molti punti di contatto con la prospettiva ermeneutica. Al riguardo, Zaccaria sottolinea opportunamente come molte delle tesi di Dworkin siano state anticipate da Josef Esser, senz'altro uno dei principali esponenti della teoria ermeneutica<sup>22</sup>. Nel paragrafo conclusivo si sollevano alcune perplessità circa la possibilità di conciliare una concezione interpretativa del diritto con una prospettiva meta-etica oggettivista e cognitivista.

## 2. IL RUOLO DELL'INTERPRETAZIONE NELLA PROSPETTIVA ERMENEUTICA: ASPETTI EPISTEMOLOGICI E METODOLOGICI

Prima di valutare quale ruolo l'ermeneutica giuridica attribuisca all'interpretazione è bene elencare alcuni tra i possibili significati della svolta interpretativa, distinguendo tra i più e i meno rilevanti ai nostri fini<sup>23</sup>.

In una accezione affatto banale, affermare che il diritto è interpretazione significa ritenere che l'attività interpretativa sia una caratteristica saliente della pratica giuridica. I giuristi perlopiù interpretano. Nessuno lo nega: è una affermazione vera ma ovvia.

In una accezione più densa, la svolta interpretativa viene brandita contro il positivismo giuridico al quale, erroneamente, viene attribuita una concezione formalista dell'interpretazione. Ciò può valere in relazione al positivismo giuridico come teoria del XIX secolo ma è del tutto falso in relazione al positivismo giuridico contemporaneo. Forse si può concedere – ma il discorso dovrebbe inevitabilmente complicarsi – che il positivismo sottovaluti il ruolo del caso concreto in relazione all'interpretazione giuridica. Gustavo Zagrebelsky, ad esempio, adottando dichiaratamente una prospettiva ermeneutica osserva: «il caso è la molla che muove l'interprete e dà la direzione. Sulla base di esso, ci si rivolge al diritto per interrogarlo e avere da esso una risposta. Dal caso, l'interprete procede alla ricerca delle regole e a esso ritorna, in un procedimento circolare (il cosiddetto “circolo interpretativo”) di riconduzione

21. V. Villa, 1993, 237-8.

22. G. Zaccaria, 2012a, 139; J. Esser (1972), trad. it. 1983.

23. Per una analisi più approfondita di questi diversi significati rinvio ad A. Schiavello, 2014a, 203-5.

bipolare che trova la sua pace nel momento in cui si compongono in modo soddisfacente le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche»<sup>24</sup>. Questa accezione della svolta interpretativa, pur essendo interessante in quanto individua una caratteristica saliente dell'ermeneutica giuridica, non riguarda, almeno non in prima battuta, gli aspetti epistemologici e metodologici su cui mi concentro in questa sede.

Un modo più sofisticato di contrapporre la svolta interpretativa al positivismo giuridico consiste nel rilevare che l'immagine giuspositivistica del diritto come sistema di regole (il «modello delle regole» che Dworkin attribuisce ad Hart) non è corretta e che il ruolo cruciale dei principi rende il diritto inseparabile dalla morale. Anche questo significato di «svolta interpretativa» individua un aspetto saliente dell'ermeneutica giuridica che, però, non sarà approfondito in questa sede<sup>25</sup>.

Ancora, l'idea che il diritto sia interpretazione esprime una precisa concezione dell'interpretazione giuridica che è possibile denominare neo-formalismo interpretativo e la cui versione più celebre è la tesi dworkiniana dell'«unica risposta giusta». Questa tesi implica che si attribuisca un ruolo cruciale ai principi, che si accolga una qualche versione dell'oggettivismo etico e si minimizzi la discrezionalità interpretativa. Questa è una tesi che indubbiamente ha un forte impatto sull'auto-rappresentazione dei giudici e dei giuristi circa il proprio ruolo ma, anch'essa, presenta molti limiti e zone d'ombra. Questa tesi sarà comunque discussa e criticata nell'ultimo paragrafo di questo saggio.

Infine, l'accezione più interessante ai nostri fini è quella che contrappone la svolta interpretativa alla tesi della neutralità.

La tesi della neutralità, cara alla filosofia analitica del diritto, è estranea alla tradizione dell'ermeneutica giuridica.

La differenza a livello metodologico e epistemologico tra la prospettiva giusanalitica e quella dell'ermeneutica giuridica può essere resa plasticamente attraverso la distinzione di Viola e Zaccaria tra «teorie giuridiche di ieri» e «teorie giuridiche di oggi». Le prime identificano il diritto: «con un oggetto

24. G. Zagrebelsky, 1992, 183; cfr. anche G. Zagrebelsky, 2003, 621-50, B. Pastore, 2014, 87-90 e G. Carlizzi, 2016, 23-9.

25. «Pur muovendo da presupposti culturali diversissimi e dalla realtà di diversi sistemi giuridici, entrambe le prospettive concordano nel rifiutare l'indipendenza giuspositivistica degli enunciati giuridici dalla dimensione morale e di valore. La tesi di Dworkin che uno standard dev'essere osservato non per il fatto di essere posto, ma in quanto è un'esigenza di giustizia, di correttezza o di qualche dimensione della morale, potrebbe senza difficoltà essere sottoscritta da Esser, la cui distinzione tra norme e principi e l'indicazione delle modalità per trasformare i principi in norme e in istituzioni positive spesso appaiono peraltro, dal punto di vista del concreto funzionamento del sistema giuridico, ben più limpide e giuridicamente precise di quanto non avvenga nella teoria di Dworkin» (G. Zaccaria, 1996, 219; cfr. anche G. Zaccaria, 2012a, 138).

d'esperienza isolabile e descrivibile»<sup>26</sup>; quindi, di volta in volta il diritto sarà un insieme di norme, o un insieme di fatti, la cui esistenza prescinde completamente sia dall'intervento dell'interprete sia dagli atteggiamenti di coloro i cui comportamenti il diritto si propone di regolare. Per dirla con Dworkin, tutte queste teorie escludono ingiustificatamente la possibilità di un «disaccordo teoretico» sul diritto: esse negano che la domanda «che cos'è il diritto?» possa ammettere una pluralità di risposte, proprio perché il diritto è ridicibile a un oggetto descrivibile in modo neutrale. Incidentalmente, si può rilevare una certa difficoltà, almeno da parte dei meno dogmatici tra i sostenitori della tesi della neutralità, a negare il disaccordo teoretico sul diritto. Hart, ad esempio, se da un lato afferma pervicacemente, sino alla fine, che la descrizione del diritto è tale anche se si ammette l'esistenza di una certa commistione tra diritto e morale (cfr. par. 1), dall'altro inizia *Il concetto di diritto* osservando che: «Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione «Che cos'è il diritto?». Anche se limitiamo la nostra attenzione alla teoria giuridica degli ultimi centocinquanta anni e lasciamo da parte la riflessione classica e medievale sulla «natura del diritto», ci troviamo di fronte a una situazione che non ha uguali in nessuna altra materia studiata in modo sistematico come disciplina accademica a sé. Non esiste un'ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema «Che cos'è la chimica?» oppure «Che cos'è la medicina?», come quella rivolta alla soluzione della questione «Che cos'è il diritto?»<sup>27</sup>.

Le «teorie di ieri» – mettendo tra parentesi le contraddizioni e l'affanno che le contraddistinguono – sono in definitiva accomunate dalla tesi secondo cui il diritto, visto come un oggetto, è un presupposto necessario dell'attività conoscitiva, piuttosto che l'esito, non definitivo, ma perennemente mutevole, di una pratica interpretativa. In breve, tali teorie condividono, come anticipato, un atteggiamento metateorico di tipo oggettualistico (cfr. par. 1).

Le teorie giuridiche di oggi o le teorie «ermeneutiche», se si preferisce, al contrario, sottolineano con forza l'importanza della dimensione pratica del diritto e, di conseguenza, l'insufficienza di tutte quelle ricostruzioni del fenomeno giuridico che guardano al diritto come a un oggetto passibile di conoscenza prettamente teorica, mettendo tra parentesi il «punto di vista pratico», il punto di vista di chi considera il diritto come una ragione per l'azione. Non solo: l'aspetto cruciale delle teorie giuridiche di oggi è rappresentato dalla presa di coscienza che tra l'attività del descrivere e l'oggetto da descrivere – cioè il diritto – non vi è soluzione di continuità. Per dirla con Esser, «le norme giuridiche non consistono in regole, già completamente

26. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 32.

27. H. Hart (1961), trad. it. 2002, 3.

tracciate semanticamente, ma “nell’essenza degli atti di positivizzazione sperimentati su queste regole”<sup>28</sup>.

Questa idea presenta notevoli analogie con la nozione dworkiniana di interpretazione costruttiva: quando si interpreta una pratica sociale bisogna prendere le mosse da quei valori che l’interprete ha individuato come i valori di riferimento dei partecipanti alla pratica; il risultato dell’attività interpretativa sarà tanto più adeguato quanto più l’interprete sarà stato in grado di armonizzare i comportamenti e le regole della pratica con lo scopo e i valori della pratica stessa. L’obiettivo che deve perseguire l’interprete è quello di porre l’oggetto dell’interpretazione nella luce migliore. Il compito dello studioso del diritto, sostiene Dworkin, 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 giudizio è la migliore possibile. L’interprete, quindi, aggiunge al *datum* da interpretare qualcosa di suo: «l’interpretazione decadentistica e romantica di Svjatoslav Richter del Concerto n. 2 di Johannes Brahms è diversa da quella razionale e oggettiva di Arturo Benedetti Michelangeli»<sup>29</sup>. Ciò non significa, ed è importante sottolinearlo, che l’interprete sia libero di fare ciò che vuole: l’attività di interpretare un oggetto o una pratica preesistenti è attività ben diversa, quantomeno per Dworkin e l’ermeneutica giuridica, rispetto a quella di creare qualcosa *ex novo*.

Un aspetto importante, che Zaccaria non manca di sottolineare, è che la natura interpretativa della scienza giuridica implica che le concezioni giusfilosofiche del diritto non siano giuste o sbagliate in termini assoluti, ma più o meno adeguate a seconda delle caratteristiche della pratica giuridica con cui si confrontano. A partire da questa osservazione, Zaccaria sostiene che il carattere pluralistico e multiculturale delle nostre società rende un approccio ermeneutico al diritto particolarmente appropriato<sup>30</sup>. È evidente del resto che nozioni come «precomprensione» e «fusione degli orizzonti» siano alquanto promettenti al fine di gestire la complessità di un mondo globalizzato<sup>31</sup>.

La prospettiva di Zaccaria al riguardo è simpatetica con quella di Michel Rosenfeld<sup>32</sup>. Quest’ultimo autore distingue tra comunità omogenee, caratterizzate da una diffusa condivisione degli stessi valori sostanziali e dalla conseguente assenza di divergenze a livello macro-interpretativo, e comunità eterogenee, in cui coesistono concezioni del bene differenti. Tra le comunità

28. J. Esser (1972), trad. it. 1983, 40. La mia attenzione su questo passo è stata richiamata da G. Zaccaria, 1990, 223.

29. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 124.

30. Su pluralismo e multiculturalismo, cfr. E. Pariotti, 2001.

31. G. Zaccaria, 2012a, 140-6; D. Canale, 2006.

32. M. Rosenfeld (1998), trad. it. 2000.

eterogenee, è possibile distinguere ulteriormente tra comunità moderne e comunità postmoderne. Nelle comunità moderne, il pluralismo di valori è mitigato dalla presenza sia di procedure sia di valori e principi di secondo livello che consentono di ricondurre a unità tale pluralità di concezioni del bene. In queste comunità, la possibilità di disaccordi macro-interpretativi dipende dalla vaghezza e dalla indeterminatezza delle disposizioni costituzionali che garantiscono la coesione tra le diverse concezioni del bene. Nelle comunità postmoderne, il pluralismo di valori è accompagnato dall'assenza di quei criteri condivisi che nelle comunità moderne garantivano una certa armonia tra visioni del mondo contrapposte. Da qui, l'acuirsi della crisi dell'interpretazione. Rosenfeld propone di affrontare questa crisi dell'interpretazione attraverso una versione del pluralismo normativo che egli denomina pluralismo comprensivo. Il pluralismo comprensivo si distingue dalle altre concezioni del bene in quanto dipende da queste ultime; esso esprime un'etica dell'inclusione: il suo fine è quello di accogliere e di promuovere la pacifica coesistenza del maggior numero possibile di concezioni del bene alternative. In questo senso, il pluralismo comprensivo si pone a un livello di astrazione superiore rispetto alle altre concezioni del bene. Quindi, le norme che scaturiscono dal pluralismo comprensivo – tra le quali occupano un posto di rilievo l'autonomia, la reciprocità, l'empatia, la dignità e la diversità – sono norme di secondo livello rispetto alle norme di primo livello associate alle altre concezioni del bene. In relazione all'interpretazione del diritto ciò implica, secondo Rosenfeld, che l'interprete qualificato, cioè il giudice, si ispiri alle norme di secondo livello, mentre le parti che avanzano le loro pretese si mantengano il più fedeli possibili alle norme di primo livello da loro accolte. In definitiva, la consapevolezza dell'irriducibile separazione tra il sé e l'altro o, più precisamente, dell'infinito differimento della riconciliazione tra il sé e l'altro, che esemplifica la dimensione ontologica della prospettiva filosofica decostruzionista, da cui Rosenfeld prende le mosse, è mitigata da un'etica dell'inclusione e della cura nei confronti dell'altro. L'impegno etico a colmare la distanza tra il sé e l'altro può quindi contribuire a ridurre l'arbitrarietà dell'interpretazione, nel senso che, pur nell'impossibilità di giungere ad un unico significato determinato, consentirà di escludere le interpretazioni che appaiono palesemente contrarie all'etica dell'inclusione.

L'intersoggettività sembra essere la parola d'ordine di una prospettiva di questo genere. Per dirla con Zaccaria: «il paradigma ermeneutico certamente non può adottare la prospettiva dell'oggettivismo etico, ma neppure è condannato a sottoscrivere derive scettiche»<sup>33</sup>. Altrove Zaccaria precisa che «la dimensione dell'alterità va presa sul serio, ma non radicalizzata, con un'espressione relativistica estrema, pena la caduta nell'insolubilità dei conflitti.

33. G. Zaccaria, 2012a, 140.

L'altro è nel medesimo tempo uguale e differente. Il riconoscimento è uno dei modi, per dirla con Ricoeur, per passare, nel definire le condizioni delle società liberali, dalla dissimmetria alla reciprocità. Esso ci introduce in una dimensione simbolica, che, prendendosi carico della situazione di inferiorità e di esclusione di individui e di gruppi di persone per i quali esperienze di disprezzo o di umiliazione possono avere conseguenze deleterie per la loro identità, ne consente sul piano della giustizia la ricostruzione della dignità, del rispetto e dell'identità»<sup>34</sup>.

La possibilità di tracciare una via intermedia tra oggettivismo etico e scetticismo verrà brevemente discussa e criticata nel paragrafo conclusivo di questo saggio.

### 3. RONALD DWORKIN E LA SVOLTA INTERPRETATIVA

Secondo Dworkin il diritto è, essenzialmente, interpretazione: «il diritto è, naturalmente, un fenomeno sociale. Tuttavia, la sua complessità, la sua funzione e le sue conseguenze dipendono da una caratteristica specifica della sua struttura. Al contrario di molti altri fenomeni sociali, la prassi giuridica possiede una natura *argomentativa*»<sup>35</sup>. Questa affermazione è, al tempo stesso, perentoria e vaga. Per chiarirne il senso, bisognerebbe ricostruire, anche in chiave diacronica, la concezione del diritto come integrità. Qui tuttavia mi soffermo soltanto sugli aspetti di questa tesi che sono più rilevanti da un punto di vista epistemologico e metodologico<sup>36</sup>.

La natura interpretativa della scienza giuridica dipende dalle caratteristiche del concetto di diritto. A questo riguardo va ripresa la distinzione proposta da Dworkin tra tre tipi di concetti<sup>37</sup>. Alcuni concetti sono criteriali in quanto presuppongono un accordo generalizzato su una definizione, che può essere precisa o approssimativa, la quale consenta di distinguere tra usi corretti e usi scorretti. Altri concetti sono di «tipi o generi naturali»: «i tipi naturali sono cose che hanno un'identità fissa in natura, come un composto chimico o una specie animale, e [...] le persone condividono un concetto di tipo naturale quando lo usano per far riferimento a uno stesso tipo naturale»<sup>38</sup>. Si tratta di concetti di cui presupponiamo esista un'«essenza naturale» (la composizione molecolare, il Dna e così via) che non dipende dai criteri che noi utilizziamo comunemente per identificare le istanze d'uso corrette di tali concetti. Infine,

34. G. Zaccaria, 2012b, 177-8.

35. R. Dworkin (1986), trad. it. 1989, 18, corsivo nell'originale.

36. Cfr. eventualmente A. Schiavello, 2014b.

37. Cfr. R. Dworkin (2006), trad. it. 2010a, 3-40, 153-203 e R. Dworkin (2011), trad. it. 2013, 183-217.

38. Ivi, 185.

alcuni concetti sono interpretativi. Si tratta di concetti che *a*) sono collegati a pratiche sociali, *b*) esprimono il valore o i valori intorno al quale o ai quali tali pratiche si sono costituite e *c*) sopportano «differenze di opinione forti e completamente irriducibili sui casi particolari»<sup>39</sup>.

Il modo in cui Dworkin delinea i concetti interpretativi è chiaramente riconducibile all'analisi dei «concetti essenzialmente contestabili» proposta da Walter B. Gallie<sup>40</sup>. Anche se nel caso dell'opera di Dworkin è arduo individuare cambiamenti radicali o indiscutibili evoluzioni, credo che si possa affermare senza tema di smentita che l'idea dworkiniana del diritto come concetto interpretativo abbia acquisito nel tempo contorni sempre più chiari; contestualmente con l'affinamento di questa idea è emerso con sempre maggior chiarezza il debito di Dworkin nei confronti di Gallie. I concetti essenzialmente contestabili presentano cinque caratteristiche: 1. sono concetti che esplicitano il valore (*appraisive*) di una impresa ritenuta degna di essere perseguita e che collegano tra loro in modo indissolubile l'impresa e il valore ad essa soggiacente; 2. l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve essere complessa ed articolata; 3. le ricostruzioni di tali concetti devono prendere in considerazione tutti i diversi aspetti e le diverse caratteristiche dell'impresa; 4. l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve avere un carattere «aperto», deve cioè essere in grado di sopportare cambiamenti significativi, non prevedibili in anticipo; 5. l'uso di concetti essenzialmente contestabili presuppone la consapevolezza circa l'esistenza di usi alternativi con i quali l'uso prescelto deve confrontarsi e rispetto ai quali deve sforzarsi di prevalere: «usare un concetto essenzialmente contestabile significa usarlo in modo al tempo stesso aggressivo e difensivo»<sup>41</sup>.

Il carattere interpretativo del concetto di diritto implica che anche la conoscenza del diritto abbia natura interpretativa. Ogni definizione di diritto rappresenta un tentativo – consapevole o inconsapevole – di offrire una ricostruzione della prassi giuridica alla luce del valore ad essa soggiacente, valore che, genericamente, possiamo ricondurre, seguendo Dworkin, al principio di legalità. Optare per una concezione del diritto piuttosto che per un'altra, non è senza conseguenze, ma incide profondamente sulla dottrina che, a sua volta, inciderà in modo diretto sulla prassi giuridica.

Anche nel caso di Dworkin, così come della ermeneutica giuridica, si nota una tensione tra la dimensione interpretativa della pratica e della conoscenza giuridica e la ricerca di una qualche forma di oggettività. Per quanto riguarda Dworkin tale difficoltà si manifesta in un progressivo, anche se non dichiarato, «alleggerimento» della nozione di oggettività presupposta. Non è certo

39. Ivi, 187.

40. W. B. Gallie, 1956, 167-98; cfr. S. Guest, 1992, 34-7.

41. W. B. Gallie, 1956, 172.



questa la sede per approfondire la concezione dell'oggettività presupposta da Dworkin né la sua eventuale compatibilità con la natura interpretativa della scienza giuridica. Qui mi interessa soltanto segnalare una difficoltà che accomuna la prospettiva giusfilosofica ermeneutica e quella di Dworkin<sup>42</sup>.

Anticipando le conclusioni, bisogna forse ripiegare, come suggerisce peraltro Zaccaria, sulla intersoggettività, intesa però nel senso, molto debole (più debole di quanto immaginato da Zaccaria), di un impegno condiviso in un'impresa interpretativa alla quale non va attribuito il potere taumaturgico di superare ogni divergenza: alla pratica interpretativa va riconosciuta solo una «forza civilizzatrice» che consente di razionalizzare e «addomesticare» il conflitto che caratterizza le società pluraliste e multiculturali contemporanee.

#### 4. CONCLUSIONE: *PLEASE DON'T TALK ABOUT OBJECTIVITY ANYMORE*

In un saggio recente Viola<sup>43</sup> accusa Zaccaria di essere reticente sul piano meta-etico e, soprattutto, di immaginare una alternativa impossibile tra oggettivismo etico e scetticismo (cfr. par. 2). Per Viola l'alternativa è secca e la scelta non può che propendere per l'oggettivismo e il cognitivismo etico: «Che ne è del concetto di verità? Dobbiamo sacrificarlo a vantaggio della coesistenza e del compromesso? Ci sono punti fermi, non solo meramente procedurali, che dobbiamo porre come condizione imprescindibile per un dialogo? Ciò vale anche per l'ermeneutica giuridica»<sup>44</sup>.

Ritengo che Viola abbia ragione a sostenere l'impossibilità di una terza via tra oggettivismo e scetticismo ma che sbagli a ritenere che l'ermeneutica giuridica non possa prescindere dall'oggettivismo etico. Non mi interessa in questa sede presentare argomenti contro l'oggettivismo etico o, meglio, contro le versioni meno evanescenti e anodine di tale prospettiva meta-etica. In generale, ritengo che l'oggettivismo e il cognitivismo etico siano per molti versi insostenibili ma non è questo il punto. Qui la questione riguarda la possibilità di conciliare una concezione interpretativista del diritto – come l'ermeneutica

42. Pur non potendo approfondire questo tema, si deve rilevare che la concezione «pesante» dell'oggettività proposta dal primo Dworkin è lontana da una prospettiva, senz'altro «più leggera», di matrice ermeneutica. Questa differenza è evidenziata con chiarezza da Zaccaria: «[...] la teoria ermeneutica postheideggeriana (da Gadamer a Ricoeur a Pareyson) non avrebbe mai sottoscritto l'idea di Dworkin di una e una sola soluzione corretta. Pur lottando contro il fraintendimento, essa ammette la possibilità di una pluralità di risposte sostenibili e corrette. Dunque, il primissimo Dworkin, quello dell'unicità della risposta corretta, mostra tutta la sua estraneità al nucleo più autentico dell'ermeneutica europeo-continentale e la sua originaria discendenza, pur in un dialogo via via più critico, dal modello hartiano di interpretazione giuridica [...]» (G. Zaccaria, 2014, 45).

43. F. Viola, 2019.

44. Ivi, 113.

giuridica o la concezione dworkiniana del diritto come integrità – e una prospettiva meta-etica oggettivista (attribuendo ovviamente all’oggettivismo un minimo di spessore). Come anticipato, ritengo che si tratti di un’impresa impossibile. Da questo punto di vista, ritengo che faccia bene Zaccaria a non compromettersi con la nozione di oggettività e a ripiegare sulla nozione di intersoggettività. Un ulteriore passo sarebbe quello di precisare che l’intersoggettività non va intesa come una alternativa tra oggettivismo e scetticismo ma come una virtù per così dire procedurale. Procediamo con ordine. Perché la svolta interpretativa è incompatibile con l’oggettivismo etico? Mi limito ad accennare a due argomenti.

Zaccaria sostiene che l’ermeneutica giuridica sia particolarmente adeguata a ricostruire la prassi giuridica delle società pluraliste e multiculturali (cfr. par. 2). Il pluralismo e il multiculturalismo implicano l’idea di incommensurabilità. Una società è pluralista quando gli individui che la compongono hanno opinioni diverse e discordanti in ordine ai valori e, di conseguenza, in ordine a come bisogna (è giusto, corretto...) comportarsi. Il fatto che vi siano opinioni divergenti sul bene, di per sé, non produce ovviamente una incomunicabilità assoluta. In molti casi, le diverse posizioni sono tra loro comparabili – ad esempio, sulla base di un linguaggio comune, come potrebbe essere il linguaggio dei diritti e della ragione pubblica – e, talvolta, l’esito di questa comparazione consente di stabilire che una tra le due posizioni è corretta, mentre l’altra è sbagliata, è frutto di un fraintendimento. Tuttavia, una società genuinamente pluralista è una società in cui si danno istanze di divergenze genuine, divergenze cioè non componibili razionalmente. Come osserva ad esempio Amy Gutmann, «su molte [...] questioni di giustizia sociale, la nostra migliore buona volontà nel riflettere sulle considerazioni più rilevanti non ci porta che a riconoscere l’esistenza di dissensi morali non conciliabili. Un dissenso morale fondamentale è un conflitto fra due posizioni morali ponderate che al momento non è componibile ragionando sulle considerazioni rilevanti»<sup>45</sup>. Questa conclusione vale, a maggior ragione, in relazione alle società multiculturali, che sono caratterizzate dalla presenza di più entità culturali (vale a dire di più universi simbolici che conferiscono significato ai piani di vita di ciascuno di noi) che aspirano a conservare la loro identità di origine e a partecipare alla vita politica comune. Certo, il «fatto» del pluralismo e del multiculturalismo non produce alcuna conseguenza diretta sul piano prescrittivo. Tuttavia, se il nostro obiettivo normativo è di tutelare il pluralismo e il multiculturalismo delle nostre società, dobbiamo fare i conti con il problema dell’incommensurabilità dei valori e delle culture senza cedere alla tentazione della *reductio ad unum*.

I concetti interpretativi o i concetti essenzialmente contestabili stimolano «differenze di opinione forti e completamente irriducibili sui casi particolari»

45. A. Gutmann, 1993, 25-6.

(cfr. par. 3). Rispetto a tali concetti, ritenere che si dia una verità oggettiva sembra contraddittorio. Al riguardo, meritano di essere ricordate le osservazioni di Jeremy Waldron sulla nozione dworkiniana di unica risposta giusta<sup>46</sup>. La tesi di Dworkin secondo cui c'è sempre una soluzione interpretativa corretta non va enfaticizzata; è Dworkin stesso a precisare che non vi sono criteri certi che consentano di dimostrare quale sia la soluzione corretta. Ciò significa che l'anelito alla verità non è altro che la condizione di possibilità di una reale pratica sociale interpretativa. Parafrasando il titolo di un famoso saggio di Dworkin, che non a caso ho ripreso come titolo di questo paragrafo: basta parlare di oggettività!

Waldron ha ragione a ritenere che la concezione del diritto e del *Rule of Law* di Dworkin presentino una spiccata dimensione procedurale. Il diritto è prodotto da una pratica interpretativa infinita a cui tutti siamo chiamati a partecipare a diverso titolo. Ciò risulta in modo chiaro anche dalle tesi di Dworkin sulla disobbedienza civile, richiamate anche da Waldron. L'obbedienza al diritto non può essere intesa come mera acquiescenza passiva ma richiede un impegno personale alla costruzione dell'ordinamento giuridico migliore possibile alla luce della migliore interpretazione dei suoi principi fondamentali. E tale impegno può richiedere, nei casi più gravi e in assenza di strumenti meno radicali, di porre in essere atti di disobbedienza. La conclusione di Dworkin è che «le semplici proposizioni draconiane, secondo le quali i crimini devono essere puniti e chi commette un errore di valutazione del diritto deve subirne le conseguenze, hanno una presa straordinaria sia sull'immaginario dei professionisti sia su quello popolare. *Ma lo Stato di diritto è qualcosa di più complesso e sottile, ed è importante che sopravviva*»<sup>47</sup>. E questa idea mi sembra in linea con la tesi ermeneutica che la positività del diritto non è un dato ma un processo.

Concludendo: la svolta interpretativa impone, parafrasando Scarpelli, una filosofia del diritto senza verità; come mostra attraverso i suoi scritti Zaccaria ciò non equivale a sbattere i pugni sul tavolo. L'impegno in un'impresa interpretativa ha una «forza civilizzatrice» che non va sottovalutata. Dunque: «Ermeneutici, ancora uno sforzo se volete essere interpretativisti».

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BARBERIS Mauro, 1994, «Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto». In M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, 149-61. Giappichelli, Torino.
- BOBBIO Norberto, 1997, *Autobiografia*. Laterza, Roma-Bari.

46. J. Waldron, 2004 e 2016.

47. R. Dworkin (1978), trad. it. 2010b, 322, corsivo aggiunto.

- BURAZIN Luka, 2012, «Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory: a Reply to Julie Dickson». *Diritto & questioni pubbliche*, 12: 182-210.
- CANALE Damiano, 2006, «La precomprensione dell'interprete è arbitraria?». *Ars Interpretandi*, 11: 327-70.
- CARLIZZI Gaetano, 2016, «Introduzione». In G. Carlizzi e V. Omaggio (a cura di), *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, ETS, Pisa.
- COMANDUCCI Paolo, 1998, *Assaggi di metaetica due*. Giappichelli, Torino.
- DICKSON Julie, 2001, *Evaluation and Legal Theory*. Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon.
- EAD., 2004, «Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey». *Legal Theory*, 10: 117-56.
- DWORKIN Ronald, 1978, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge (trad. it. *I diritti presi sul serio*. Il Mulino, Bologna 2010b).
- ID., 1986, *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge (trad. it. *L'impero del diritto*. Il Saggiatore, Milano 1989).
- ID., 2006, *Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge (trad. it. *La giustizia in toga*. Laterza, Roma-Bari 2010a).
- ID., 2011, *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge (trad. it. *Giustizia per i ricci*. Feltrinelli, Milano 2013).
- ENDICOTT Timothy A. O., 1997, «Vagueness and Legal Theory». *Legal Theory*, 3: 37-63.
- ESSER Josef, 1972, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Fischer Athenäum Taschenbücher, Frankfurt am Main (trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo d'individuazione del diritto*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983).
- FERRAJOLI Luigi, 2013, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari.
- FINNIS John, 1992, *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press, Oxford (trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*. Giappichelli, Torino 1996).
- GALLIE Walter B., 1956, «Essentially Contested Concepts». *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56: 167-98.
- GARCÍA FIGUEROA Alfonso, 2005, «Intervista a Luigi Ferrajoli». *Diritto & questioni pubbliche*, 5: 163-79.
- GIANFORMAGGIO Letizia, 2008, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino.
- GUEST Stephen, 1992, *Ronald Dworkin*. Edinburgh University Press, Edinburgh.
- GUTMANN Amy, 1993, «La sfida del multiculturalismo all'etica politica». *Teoria politica*, 3: 3-40.
- HART Herbert L. A., 1994, *The Concept of Law* (1961), 2<sup>nd</sup> ed. Clarendon, Oxford (trad. it., *Il concetto di diritto*. Einaudi, Torino 2002).
- LACEY Nicola, 2012, «Reflections on the Philosophy of Law». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 91-106.
- LEITER Brian, 2003, «Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence». *American Journal of Jurisprudence*, 48: 17-51.

- MACCORMICK Neil, 1994, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, Oxford (trad. it. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Giappichelli, Torino 2001).
- PARIOTTI Elena, 2001, «Dal pluralismo al multiculturalismo: ragione pubblica e geometria delle appartenenze». In G. L. Brena (a cura di), *Etica pubblica e pluralismo*, 59-102. Messaggero, Padova.
- PASTORE Baldassare, 2014, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*. Cedam, Padova.
- PINO Giorgio, 2013, «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 77-102.
- ID., 2014, «Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli». *Diritto & questioni pubbliche*, 14: 57-110.
- RAZ Joseph, 2005, «Autorità, diritto e morale» (1994). In A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, 286-315. Giappichelli, Torino.
- ROSENFELD Michel, 1998, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*. University of California Press, Berkeley (trad. it. *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*. Il Mulino, Bologna 2000).
- SCARPELLI Uberto, 1965, *Cos'è il positivismo giuridico*. Edizioni di Comunità, Milano.
- SCHIAVELLO Aldo, 2004, «La lungimirante "eterodossia" del positivismo giuridico di Scarpelli». *Notizie di Politeia*, 73: 77-89.
- ID., 2014a, «Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa». *Doxa*, 37: 193-217.
- ID., 2014b, «Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 19-40.
- TROPER Michel, 2003, *La philosophie du droit*, PUF, Paris (trad. it. *Cos'è la filosofia del diritto*. Giuffrè, Milano 2003).
- VILLA Vittorio, 1984, *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*. Giuffrè, Milano.
- ID., 1993, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino.
- VIOLA Francesco, 1994, «La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica del diritto». In M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, 63-104. Giappichelli, Torino.
- ID., 2019, «L'ermeneutica giuridica in cammino». In D. Canale, E. Pariotti, B. Pastore (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, 107-14. Carocci, Roma.
- VIOLA Francesco, ZACCARIA Giuseppe, 1999, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- WALDRON Jeremy, 2004, «The Rule of Law as a Theater Debate». In J. Burley (ed.), *Dworkin and His Critics*, 319-36. Blackwell, London.
- WALDRON Jeremy, 2016, «Il rule of law e l'importanza della procedura». In G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, 357-92. Il Mulino, Bologna.
- ZACCARIA Giuseppe, 1990, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam, Padova.

- Id., 1991, «Sul concetto di positività del diritto». In Id. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, 329-58. Giappichelli, Torino.
- Id., 1994, «Tra ermeneutica e analitica: dal contrasto alla collaborazione». In M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, 105-47. Giappichelli, Torino.
- Id., 1996, «Ronald Dworkin e l'ermeneutica». In Id., *Questioni di interpretazione*, 197-246. Cedam, Padova.
- Id., 2012a, «Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 135-52.
- Id., 2012b, *La comprensione del diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- Id., 2014, «Rileggendo la giurisprudenza normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva», *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 41-59.
- ZAGREBELSKY Gustavo, 1992, *Il diritto mite*. Einaudi, Torino.
- Id., 2003, «Ronald Dworkin's Principle Based Constitutionalism: An Italian Point of View». *International Journal of Constitutional Law*, 1: 621-50.